ITALY

30 25

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

PER

F. LAURENT

Professore dell'Università di Gand

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

SECONDA EDIZIONE DILIGENTEMENTE RIVEDUTA E MIGLIORATA

CON RAFFRONTI ED APPENDICI

CONCERNENTI LA LEGISLAZIONE E LA GIURISPRUDENZA ITALIANA

VOLUME XXVI

MILANO

SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA

Via Disciplini, 15

1900

INDICE DELLE MATERIE

TITOLO IX.

Del contratto di locazione

(*Continuazione*).

(Titolo VIII del Codice Civile)

CAPO III. — Degli appalti e dei cottimi.

§ I. — *Nozioni generali.*

§ II. — *Dei rischi.*

§ III. — *Fine del contratto di locazione d'opera.*

N. 1. — *Diritto del committente.*

N. 2. — *Morte dell'artefice.*

CAPO IV. — DISPOSIZIONI PARTICOLARI RELATIVE AGLI ARCHITETTI.

§ I. — *Della responsabilità degli architetti.*

N. 1. — *Dei diversi casi di responsabilità.*

§ II. — *Della responsabilità preveduta dall'art. 1792.*

N. 1. — *Il principio.*

N. 2. — *A chi si applica la disposizione dell'art. 1792?*

N. 3. — *A quali opere si applica la responsabilità dell'architetto in virtù dell'articolo 1792.*

§ III. — *Della responsabilità dell'art. 2270.*

§ IV. — *Quando cessa la responsabilità dell'architetto.*

§ V. — *Dell'azione di garentia.*

§ VI. — *Della responsabilità dell'art. 1382.*

§ VII. — *Dell'articolo 1793.*

§ VIII. — *Dell'articolo 1798.*

PARTE III. — **Della locazione a soccida o soccio.**

CAPO I. — DELLA SOCCIDA SEMPLICE.

§ I. — *Nozioni generali.*

§ II. — *Delle clausole proibite.*

§ III. — *Diritti delle parti.*

§ IV. — *Termine della soccida.*

CAPO II. — DELLA SOCCIDA A METÀ.

CAPO III. — DELLA SOCCIDA DATA DAL LOCATORE AL SUO AFFITTUARIO O AL MEZZAJUOLO.

§ I. — *Della soccida coll'affittuario.*

Sezione I. — *Della soccida data al colono.*

CAPO IV. — Della soccida impropria.

TITOLO X.

Della società

(Titolo IX del Codice Civile)

CAPO I. — Delle condizioni richieste per l'esistenza o per la validità delle società.

Sezione I. — *Principii generali.*

§ I. — *Del consenso.*

§ II. — *Dell'oggetto.*

§ III. — *Beneficio comune.*

§ IV. — *Della partecipazione alle perdite.*

§ V. — *Causa lecita.*

§ VI. — *Forma.*

§ VII. — *La società è una persona civile?*

SEZIONE II. — *Delle associazioni che non costituiscono società civili.*

§ I. — *Delle società di diletto.*

§ II. — *Delle associazioni religiose.*

I conventi ricostituiti colla frode.

CAPO II. — Delle diverse specie di società.

Sezione I. — *Delle società civili e commerciali.*

§ I. — *Principio.*

§ II. -- *Le società civili possono essere trasformate in commerciali?*

§ III. — *Applicazione.*

Sezione II. — *Delle società universali e particolari.*

§ I. — *Delle società universali.*

N. 1. — *Della società di beni presenti.*

N. 2. — *Della società universale dei guadagni.*

N. 3. — *Disposizioni generali.*

§. II. — *Delle società particolari.*

CAPO III. — Degli obblighi dei soci fra loro

§ I. — *Della quota.*

N. 1. – *Del trasferimento della proprietà*

N. 2. — *Del conferimento di una somma di danaro.*

N. 3. — *Del conferimento dell'industria.*

§ II. — *Della responsabilità dei soci.*

N. 1. — *Della colpa.*

N. 2. — *Dell'obbligo di vigilare agl'interessi comuni.*

§ IV. — *Della determinazione delle parti.*

N. 1. — *Quando vi è una convenzione.*

N. 2. — *Delle clausole proibite.*

I. — *Proibizione riguardante i guadagni.*

II. — *Proibizione riguardante le perdite.*

N. 3. — *Determinazione delle parti per opera della legge.*

§ V. — *Dell'amministrazione della società.*

N. 1 — *Dell'amministrazione affidata ad un mandatario.*

I. — *Nomina e revoca del mandatario.*

II. — *Facoltà dell'amministratore.*

N. 2. — *Dell'amministrazione esercitata dai soci.*

I. — *Facoltà dei soci amministratori.*

N. 3 — *Del diritto del socio di associarsi un terzo.*

I. — *Del divieto di associare un terzo alla società.*

II. — *Del diritto del socio di associarsi un terzo.*

CAPO III. — DELLE OBBLIGAZIONI DEI SOCI VERSO I TERZI.

§ I. — *Quando la società è obbligata verso i terzi?*

§ II. — *Come sono obbligati i soci?*

§ III. — *Diritti dei creditori.*

N. 1. — *Creditori dei soci.*

N. 2. — *Creditori della società.*

CAPO V. — Diversi modi pei quali finisce la società.

Sezione II. — *Dei casi in cui la società finisce di pien diritto.*

§ I. — *Dello spirare del tempo.*

§ II. — *Estinzione della cosa.*

§ III. — *Compimento dell'impresa.*

§ IV. — *Morte di un socio.*

§ V. — *Interdizione di un socio.*

§ VI. — *Della decozione.*

§ VII. — *Vi hanno eccezioni all'articolo 1865?*

Sezione II. — *Dei casi in cui la società non finisce di pien diritto.*

§ I. — *Quando la società finisce per la volontà di un socio?*

§ II. — *Delle cause legittime per le quali i soci possono domandare lo scioglimento della società a tempo.*

Sezione III. — *Della divisione.*

Appendici.

I. — *Delle società carbonifere.*

II. — *Della comunione.*

1. — *Che cosa è la comunione?*

2. — *Diritti ed obblighi dei comunisti.*

3. — *In qual modo finisce la comunione.*

4. — *Applicazioni.*

TITOLO XI.

Del prestito

(Titolo X del codice civile)

CAPO I. — Nozioni generali.

CAPO II. — Del prestito ad uso o comodato.

Sezione I. — *Natura e condizioni del prestito ad uso.*

Sezione II. — *Degli obblighi del mutuatario.*

§ I. — *Dell'uso della cosa.*

N. 1. — *Dell'uso legittimo.*

N. 2. — *Dell'uso illecito.*

N. 3. — *Della custodia della cosa.*

N. 4. — *Della restituzione della cosa prestata.*

Sezione III. — *Degli obblighi del mutuante.*

CAPO III. — Del prestito di consumo o semplice.

Sezione I. — *Della natura e delle condizioni del prestito di consumo.*

Sezione II. — *Degli obblighi del mutuante.*

Sezione III. — *Obblighi del mutuatario.*

CAPO IV. — Del prestito ad interesse.

TITOLO IX.

(Titolo VIII del codice civile)

Del contratto di locazione

(*Continuazione*)

CAPO III.

Degli appalti e dei cottimi.

§ I. — *Nozioni generali.*

1. La terza locazione d'opera menzionata dall'art. 1779 è quella degl'*intraprenditori di opere ad appalto* o *cottimo*. L'art. 1711 soggiunge « *o a prezzo fatto* ». Le parole *appalto*, *cottimo* e *prezzo fatto* sono usate dalla legge come sinonime, ma hanno un significato diverso. Colla parola *appalto* s'intende un progetto dettagliato delle opere da farsi e dei materiali da adoperarsi, con indicazione del prezzo dei materiali e della mano d'opera. Lo scopo dell'appalto è di dare alle parti, e specialmente al padrone, una conoscenza completa di tutto ciò che gli importa di sapere per illuminarlo sull'estensione delle obbligazioni che va ad assumere. Il *cottimo* è il contratto di locazione d'opera intervenuto fra il padrone e l'intraprenditore. Il *prezzo fatto* è il prezzo pel quale l'opera deve farsi, e si chiama anche *forfait* per indicare che è invariabile. Le espressioni *appalto* e *prezzo fatto* non si trovano che negli articoli i quali definiscono il contratto che la legge chiama *cottimo*, e vi sono usate come sinonime della parola *cottimo* (articoli 1711 e 1779) (1).

2. Quello che caratterizza il *cottimo* si è che esso interviene fra il padrone ed un *intraprenditore d'opera*, il quale si obbliga a condurre a termine l'opera mediante un prezzo fissato in ragione del valore dell'opera stessa, mentre la locazione dei

(1) MOURLON, t. III, p. 329, n. 816. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 350, numero 240 *bis* I.

giornalieri ha per oggetto, non l'opera, ma il lavoro. Si obblighi l'operaio per un determinato tempo o per una determinata impresa, egli è sempre pagato in ragione del suo lavoro, e non per il prodotto del lavoro o per l'opera che fa. Ne risulta una differenza importantissima in quanto riguarda i rischi. Trattando della locazione dei *giornalieri*, la legge non si occupa dei rischi, per la ragione che l'operaio non li sopporta mai. Egli è pagato pel lavoro che fa, qualunque sia la sorte dell'opera, e quand'anche quest'opera venisse a perire per un caso fortuito. Non è così della locazione d'opera. Il prezzo vi è stipulato, non in ragione del lavoro, ma in ragione dell'opera che forma oggetto del contratto. Il prezzo non è dovuto che quando l'opera è perfetta ed è accettata dal padrone. Fino a quel momento l'obbligazione dell'intraprenditore non è adempita, e quindi egli non può reclamare il prezzo che ha stipulato se l'opera viene a perire prima che sia terminata od accettata (1). Ritorneremo su questo punto.

3. La locazione dei giornalieri differisce dalla locazione d'opera anche in quanto riguarda la prescrizione. A termini dell'art. 2271, l'azione degli operai e giornalieri, per il pagamento delle loro giornate, somministrazioni e salari, si prescrive in sei mesi, mentre l'azione degli intraprenditori, non essendo limitata da una prescrizione speciale, resta sotto l'impero della regola generale che fissa a trent'anni la durata di ogni azione.

4. Importa dunque molto distinguere se un operaio tratta come intraprenditore o come giornaliero. L'art. 1799 prevede la difficoltà. Esso è così concepito: « I muratori, falegnami, fabbri ferrai ed altri operai che stipulano direttamente contratti a prezzo fatto sono tenuti ai regolamenti prescritti nella presente sezione. Essi sono considerati come appaltatori per la parte che eseguiscono ». Ne consegue che gli operai, i quali, senza preventivo contratto a prezzo fatto, eseguiscono essi stessi o per mezzo degli operai che impiegano, giornalmente o a cottimo, lavori del loro mestiere comandati da un proprietario, non sono intraprenditori. Qualunque sia l'importanza del loro lavoro, essi restano operai. La Corte di cassazione ha giudicato così per lavori in piombo e di coperture fatti da un operaio nel corso di parecchi anni e il cui prezzo ammontava a ventimila lire. Non essendo stati questi lavori preveduti da un contratto a prezzo fatto, fu giudicato trattarsi di un contratto stipulato da giornalieri al quale, per conseguenza, era applicabile la prescrizione di sei mesi (2).

5. Il *cottimo* presenta ancora un'altra difficoltà che l'articolo 1787 prevede senza deciderla. Questo articolo dispone:

(1) DURANTON, t. XVII, p. 235, n. 248. MOURLON, t. III, p. 329, n. 817.
(2) Rigetto, 27 gennaio 1851 (DALLOZ, 1851, 1, 166).

« Quando si commette ad alcuno di fare un lavoro, si può pattuire che somministrerà soltanto la sua opera o la sua industria, ovvero che fornirà altresì la materia ». Si domanda se nell'una e nell'altra ipotesi, il contratto sia una locazione. La questione è controversa. A noi pare ch'essa venga decisa dal testo e dallo spirito della legge. L'art. 1711 dice che « è pure una locazione il *cottimo* per l'impresa di un'opera mediante un determinato prezzo, quando la materia è somministrata da colui pel quale si eseguisce l'opera ». Ciò suppone che, quando la materia è somministrata dall'intraprenditore, il contratto non è più una locazione. Che contratto sarà in questo caso? Il progetto di codice lo diceva. In fine all'art. 1787 si trovavano due capoversi così concepiti: « Nel primo caso, è una pura locazione. Nel secondo, è la vendita d'una cosa una volta fatta ». Queste disposizioni furono adottate dal Consiglio di Stato. Il Tribunato ne domandò la soppressione per la sola ragione che si trattava di nozioni di pura dottrina e che il codice non doveva contenere che disposizioni legislative. Così l'articolo 1787, nel pensiero degli scrittori del codice, era la conseguenza e il complemento dell'art. 1711. Risulta dunque dal testo della legge e dai lavori preparatorii che il contratto col quale un operaio si obbliga a fare un'opera mediante un prezzo fatto, e somministrando la materia, è una vendita. Crediamo inutile insistere. Quando il legislatore ha parlato, non dovrebbe più esservi controversia (1).

§ II. — *Dei rischi.*

6. La questione dei rischi solleva parecchie difficoltà. Se la cosa che l'operaio deve fare perisce, si può domandare anzitutto a carico di chi stia la perdita della materia prima, poscia se l'operaio abbia diritto al salario quando la cosa perisce prima che l' opera sia stata consegnata. Cominciamo dalla prima questione. Il codice distingue se la materia è somministrata dall'operaio o dal padrone.

« Se, nel caso in cui l'operaio somministri la materia, la cosa viene a perire, *in qualsivoglia modo*, prima di essere consegnata, la perdita resta a danno dell'operaio, purchè il padrone non fosse in mora nel riceverla ». La regola è dunque che l'operaio sopporta il rischio. Quando si dice che una delle parti sopporta il rischio, ciò significa che la perdita avvenuta per caso

(1) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da AUBRY e RAU, t. IV, p. 525, nota 2, § 374. Cfr., nel senso della nostra opinione, rigetto, 22 luglio 1874 (DALLOZ, 1875, 1, 303).

fortuito sta a suo rischio. È quello che la legge esprime nell'art. 1788 colle parole « la perdita resta a danno dell'operaio, *in qualsivoglia modo la cosa venga a perire* », vale a dire quand'anche perisse per caso fortuito. Se perisce per sua colpa, è sottinteso che spetta a lui sopportarne la perdita. Perchè l'operaio sopporta i rischi quando la materia è somministrata da lui? Abbiamo detto (n. 5) che, in questa ipotesi, il contratto è una vendita. È dunque nei principii che reggono la vendita che bisogna cercare la risposta alla nostra domanda. Il venditore sopporta il rischio quando la cosa è indeterminata. Ora, il più delle volte la cosa che l'operaio deve somministrare è indeterminata fino alla consegna, poichè d'ordinario non è sopra una materia prima scelta dal padrone che l'operaio lavora, ma sopra una materia scelta dall'operaio. Dunque la cosa resta indeterminata finchè il padrone non l'abbia ricevuta, e, per conseguenza, vi ha luogo ad applicare il principio in forza del quale i rischi colpiscono il venditore quando la cosa ch'egli vende è indeterminata. Egli cessa di sottostare al rischio quando il padrone ha ricevuto l'opera, vale a dire l'opera è stata consegnata ed accettata dal padrone. Ricevere la cosa, in materia di locazione d'opera, significa che il padrone l'aggradisce dopo averla verificata, e questa verifica non può farsi prima che l'opera sia stata consegnata al padrone. Però il padrone potrebbe verificarla verso l'operaio, e, in questo senso, riceverla. Da quel momento essa sarebbe a suo rischio, poichè la cosa cesserebbe d'essere indeterminata, e si applicherebbe, per conseguenza, il principio che mette a carico del compratore il rischio della cosa venduta quando è determinata.

Il principio dei rischi subisce eccezione in caso di mora. Se il padrone è stato costituito in mora a ricevere la cosa, e se la cosa perisce mentre egli si trova in mora, è a lui che spetta di sopportare la perdita. È sempre l'applicazione d'un principio generale. La cosa perisce pel compratore quando è determinata. Però, se il venditore è in mora a consegnarla, è questi che sopporta la perdita (art. 1138). Per l'identica ragione la perdita d'una cosa indeterminata deve stare a carico del compratore quando è in mora a riceverla.

Abbiamo supposto fin qui che la cosa sia indeterminata. Ma può darsi ch'essa sia determinata, nel caso che il padrone abbia scelto la materia che l'operaio deve lavorare, il marmo, per esempio, di cui egli deve fare un vaso. Tuttavia l'operaio sopporta il rischio, perchè l'art. 1788 non distingue. Quale è, in questo caso, la ragione di decidere? La vèndita è condizionale, perchè non basta che la materia prima sia determinata perchè la vendita sia perfetta, ma occorre ancora che l'opera sia ricevuta. La presa in consegna è dunque la condizione sotto la quale la vendita è stata contrattata. Ora, in un contratto condizionale, è il debitore della cosa che sopporta il rischio. È dunque pel venditore ch'essa perisce, se viene a perire prima

che il compratore l'abbia ricevuta e senza ch'egli sia stato in mora a riceverla (1).

In questa prima ipotesi non è soltanto la cosa che perisce per l'operaio che ne è il proprietario, ma egli perde anche il suo lavoro, perchè non può reclamare il prezzo d'una cosa venduta che non consegna. Non vi ha prezzo senza vendita, e, nella specie, la vendita non si perfeziona in conseguenza della perdita della cosa che doveva esserne l'oggetto.

7. L'art. 1788 è concepito nei termini più generali. Esso si applica ad ogni locazione d'opera, tanto alla costruzione d'un edificio quanto ad una cosa mobiliare. Supponiamo che l'intraprenditore somministri i materiali, e che la cosa venga a perire durante il lavoro di costruzione. La perdita dei materiali e del lavoro sarà a carico dell'intraprenditore. La Corte di cassazione ha giudicato così per la costruzione d'un ponte. L'intraprenditore obbiettava che l'art. 1792 regolava la responsabilità dell'architetto o dell'intraprenditore, e che l'art. 1788 non si applicava che agli operai; ma, in quel modo che l'operaio può essere intraprenditore, così l'intraprenditore è operaio nel senso legale della parola, poichè egli si obbliga a fare un'opera, e se la fa con materiali che gli appartengono, gli si deve applicare l'art. 1788 (2).

Vi ha una sentenza posteriore della sezione delle richieste in senso contrario. Essa ha deciso che l'art. 1788 non deve ricevere applicazione che nel caso in cui le opere restano, fino a che sono consegnate o ricevute, a libera disposizione dell'intraprenditore. Non si può applicarlo, dice la Corte, quando si tratta di costruzioni, perchè, in questo caso, i materiali e la mano d'opera s'incorporano al suolo di mano in mano che i lavori vengono eseguiti. Divenendo essi proprietà del padrone, sono perciò stesso a suo rischio (3). Noi preferiamo la prima giurisprudenza della Corte. L'ultima sentenza introduce nella legge una distinzione ch'essa non fa e che non spetta all'interprete di creare, perchè la distinzione è contraria ai principii. Che importa che i materiali si incorporino al suolo? Non è esatto il dire che questi materiali diventano proprietà del padrone a titolo d'accessione, perchè il padrone ha diritto di verificare i lavori, e se, dopo la verifica, non li riceve, egli non diviene certamente proprietario dei medesimi. La Corte ha confuso l'accessione col contratto d'opera. Non si possono applicare le regole dell'accessione quando l'incorporazione dei materiali avviene in forza d'un contratto di locazione d'opera. I rapporti delle parti sono

---

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 351, n. 241 *bis* II, III e IV. DUVERGIER, t. II, p. 394, n. 340. AUBRY e RAU, t. IV, p. 526, note 3 e 4, § 374.

(2) Rigetto, 11 marzo 1839 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 127). Cfr. DURANTON, t. XVII. p. 237, n. 250. AUBRY e RAU, t. IV, p. 527, nota 4, § 374.

(3) Rigetto, 13 agosto 1860 (DALLOZ, 1861, 1, 105).

retti, in questo caso, non dal principio della proprietà, ma dai principii che governano il contratto.

8. Noi diciamo che l'operaio resta proprietario della cosa fino a che essa sia stata ricevuta dal padrone. La Corte di cassazione ha fatto una interessante applicazione di questo principio al caso in cui l'operaio cade in fallimento. Si trattava di sapere se il padrone può rivendicare una nave che l'operaio si è obbligato a costruire con materiali di cui questi ha la proprietà. Il costruttore fallì, e il padrone rivendicò la nave. I sindaci gli opposero che l'operaio era rimasto proprietario, poichè la nave non era nè terminata nè presa in consegna. Vi era un motivo di dubitare, che, cioè, il padrone aveva pagato degli acconti al costruttore in proporzione dei lavori ultimati, e l'art. 1791 stabilisce che la verificazione si presume fatta per tutte le partite soddisfatte se il padrone paga l'operaio in proporzione del lavoro compiuto. La Corte di cassazione risponde che l'art. 1791 suppone, come dice formalmente il testo, che si tratti d'un lavoro di più pezzi o a misura. Ora una nuova nave non si costruisce e non può consegnarsi a pezzi, nè essere verificata e ricevuta in partite. Inoltre vi era una formale convenzione portante che la nave, costrutta nel luogo del domicilio dell'operaio, doveva, dopo la sua completa ultimazione, essere condotta, a spese del costruttore, al porto indicato nel contratto, per ivi essere consegnata al padrone a sua richiesta e pronta a prendere il mare. L'opera era dunque indivisibile, donde seguiva che non poteva farsi l'esecuzione parziale, e quindi l'opera non era ricevuta, malgrado gli acconti pagati dal padrone in proporzione del progredire dei lavori. Questo era decisivo (1).

9. Nel caso in cui l'operaio impieghi solamente il suo lavoro o la sua industria, se la cosa viene a perire, *l'operaio è tenuto soltanto per la sua colpa* » (art. 1789), vale a dire che l'operaio non è tenuto pel caso fortuito, nel senso che, se la materia prima consegnata all'operaio viene a perire per caso fortuito, la perdita è a carico del padrone. Il contratto è, in questo caso, una locazione, e quindi la questione dei rischi deve essere decisa dai principii che reggono la locazione. A che cosa è tenuto l'operaio che riceve una materia prima? Egli si obbliga a lavorare ed a consegnarla confezionata al padrone. L'obbligo di consegnare la cosa importa quello di conservarla colla diligenza d'un buon padre di famiglia (articoli 1136 e 1137). Se egli non adempie questa obbligazione, e se la cosa perisce per mancanza di cure, deve rispondere della perdita che gli è imputabile. Al contrario, se conserva la cosa colla diligenza d'un buon padre di famiglia, ed essa viene a perire per caso fortuito, l'operaio non è responsabile, perchè ha adempito la sua obbligazione. È in questo senso che l'art. 1788 dice che l'operaio

---

(1) Rigetto, sezione civile, 20 marzo 1872 (DALLOZ, 1872, 1, 140).

è tenuto soltanto per la propria colpa. Rimane una questione sulla quale vi ha controversia. È l'operaio che deve provare il caso fortuito, o è il padrone che deve provare la colpa dell'operaio? Noi rispondiamo, e senza vedervi alcun serio dubbio, che è l'operaio che deve provare il caso fortuito che allega. La ragione sta in ciò, ch'egli è debitore d'un determinato corpo, della cosa che il padrone gli ha affidato, e deve consegnarla al padrone dopo che il lavoro è terminato. Se non la consegna, deve provare che un caso fortuito glielo impedisce. Il padrone non ha nulla da provare, all'infuori del contratto di locazione in forza del quale egli ha consegnato la cosa all'operaio. Dal momento che questa consegna è certa, l'operaio è debitore della cosa, e gli si deve applicare il principio dell'articolo 1302. La legge stessa ne fa l'applicazione alla locazione delle cose, disponendo che il conduttore risponde della perdita, a meno che non provi ch'essa ha avuto luogo senza sua colpa (art. 1732). Si deve applicare lo stesso principio all'operaio, perchè vi hanno identici motivi. Vi è una sentenza in questo senso, egregiamente motivata, della Corte di Grenoble (1).

La sezione delle richieste ha giudicato in senso contrario. Nella specie, erano stati consegnati ad un mugnaio dei grani per trasformarli in farina. I grani furono distrutti da un incendio. Dovevasi applicare al mugnaio il principio dell'art. 1733, obbligandolo a provare che l'incendio era avvenuto per caso fortuito o forza maggiore? La Corte di cassazione decise, per principio, che spettava all'attore, il proprietario dei grani, di provare la colpa dell'operaio. Essa si fonda sull'art. 1789, a termini del quale l'operaio che impiega soltanto il suo lavoro non risponde che della propria colpa in caso di perdita della cosa a lui affidata, e la Corte ne conchiude che spetta al padrone provare la colpa dell'operaio. A nostro avviso, la Corte interpreta male l'art. 1789. Bisogna combinare questo articolo coll'articolo che precede, e a termini del quale l'operaio che somministra la materia risponde della perdita, in qualsivoglia modo la cosa venga a perire, vale a dire che risponde del caso fortuito. Dicendo che l'operaio il quale impiega soltanto il suo lavoro non è tenuto che per la propria colpa, l'art. 1789 dispone, in altri termini, che l'operaio non risponde del caso fortuito; ma questo articolo non decide la questione della prova, non essendo questo l'oggetto della legge, e, per interpretare una legge, bisogna innanzi tutto considerare che cosa la legge ha voluto decidere. Interpretare l'art. 1789 come fa la Corte di cassazione è far dire alla legge il contrario di quello che vuole l'art. 1302. L'art. 1789 derogherebbe dunque ai principii generali che reggono la prova, senza

---

(1) Grenoble, 18 giugno 1869 (Dalloz, 1870, 2, 149). Cfr. Lione, 14 maggio 1849 (Dalloz, 1852, 2, 75). La dottrina è conforme: Duvergier, t. II, p. 395, n. 341. Colmet de Santerre, t. VII, p. 353, n. 243 *bis* I.

che vi sia un motivo di questa derogazione. Ciò non è ammissibile. I principii generali restano applicabili in tutti i casi in cui la legge non vi deroga, e l'art. 1789, che risolve una questione di responsabilità, è estraneo alla questione della prova decisa dall'art. 1302, in materia d'obbligazioni, e, in materia di locazione, dagli articoli 1732 e 1733.

La Corte di Besançon, di cui la sezione delle richieste ha approvato la sentenza, obbietta che il contratto intercedente fra il padrone ed il mugnaio non è un deposito, ma un contratto di locazione, ed è cosa evidente. Ma dal fatto che l'operaio non è un depositario, nel senso legale della parola, si conchiuderà ch'egli non sia obbligato a conservare la cosa colle cure d'un buon padre di famiglia? Si dimenticherebbe che, secondo l'articolo 1136, tutti coloro che devono consegnare una cosa sono tenuti a conservarla e che, secondo l'art. 1137, essi sono obbligati a conservarla colla diligenza d'un buon padre di famiglia. Ora, dal momento ch'essi sono debitori, coll'onere di conservare, d'un determinato corpo, si deve loro applicare l'art. 1302. La Corte di Besançon si è dunque ingannata in diritto, e la Cassazione ha aggravato l'errore decidendo che nel caso previsto dall'art. 1789 la prova della colpa incombeva al padrone (1). In fatto, la Corte di Besançon aveva ben giudicato, perchè, nella specie, il mugnaio aveva provato che l'incendio era avvenuto senza sua colpa, e questa prova soddisfaceva alle esigenze dell'art. 1733, come abbiamo detto spiegando questa disposizione.

10. L'applicazione dell'art. 1789 ha dato luogo ad altre interpretazioni egualmente erronee. Alcuni fabbricanti di passamaneria consegnarono ad un passamantiere delle merci per essere confezionate. Queste merci furono distrutte da un incendio che si era comunicato dalla casa vicina. Vi era dunque la prova di un fortuito, e quindi l'operaio non poteva essere responsabile. Era il caso d'applicare l'art. 1789, secondo il quale l'operaio non è tenuto che per la propria colpa. Tuttavia il tribunale di commercio della Senna dichiarò l'operaio responsabile della perdita, pel motivo che il passamantiere non era un operaio, ma un negoziante, e che a questo titolo egli era in colpa per non aver fatto assicurare le merci che gli erano affidate. La decisione è stata cassata, e doveva esserlo. Anzitutto essa introduceva nell'articolo 1789 una distinzione che non è nel testo nè nello spirito della legge. Che importa che colui che s'incarica d'un lavoro sia negoziante? Non è come negoziante ch'egli tratta, ma come operaio. Inoltre, dove è la legge che obbliga l'operaio, fosse pur commerciante, ad assicurare le merci che gli si affidano, e che lo rende responsabile della perdita se non le assicura? La Corte di cassazione dice benissimo che tocca al pro-

---

(1) Rigetto, 22 aprile 1872 (DALLOZ, 1873, 1, 119).

prietario assicurare le sue merci, e che nulla gli impedisce di farlo quando le affida ad un operaio. In ogni caso, non spetta ai tribunali creare una obbligazione che la legge ignora per imporre all'operaio una responsabilità in forza d'una pretesa colpa ch'egli non ha commessa (1).

Un altro tribunale di commercio trovò di dichiarare l'operaio responsabile dell'incendio, sebbene fosse accertato che la cosa era stata distrutta da un incendio comunicato dal di fuori, il che costituisce il caso fortuito o di forza maggiore ed esclude, per conseguenza, la colpa. La legge stessa esonera il conduttore dalla responsabilità dell'incendio quando prova che il fuoco è stato comunicato da una casa vicina. Il tribunale non si contentò di questa giustificazione legale. Esso voleva che l'operaio provasse di aver fatto tutto quanto era umanamente possibile per arrestare il progresso dell'incendio, e, in mancanza di questa prova extralegale, dichiarò l'operaio responsabile. È inutile dire che questa sentenza ingiustificabile venne cassata (2).

11. Se la cosa viene a perire quando l'operaio impiega soltanto il suo lavoro, egli non è tenuto che per la propria colpa. Ma che dovrà dirsi del salario che gli è stato promesso? Quando la cosa perisce per colpa dell'operaio, non vi ha questione. Egli non può reclamare il prezzo del suo lavoro, perchè, per sua colpa, il padrone non ne approfitta. Per l'opposto, sembra che l'operaio abbia diritto al suo salario quando la cosa perisce per caso fortuito. Tuttavia l'art. 1790 decide il contrario: « Se la cosa perisce, quantunque senza colpa per parte dell'operaio, prima che l'opera sia stata consegnata, e senza che il padrone sia in mora nel verificarla, l'operaio non ha più diritto di pretendere la mercede ». Questa disposizione deroga al diritto romano. Si dice, per giustificarla, ch'essa è una conseguenza dei principii che reggono la locazione. Il padrone promette il prezzo pel godimento del lavoro, e non pel lavoro. È l'opera ch'egli paga, non il lavoro dell'operaio. Dunque, se l'operaio non somministra l'opera, il padrone non deve pagare un godimento che non ha, come il conduttore non deve pagare le pigioni quando la cosa locata perisce. L'argomentazione è giuridica, ma conduce ad una conseguenza che l'equità respinge. L'operaio ha lavorato sulla cosa del padrone; il caso fortuito non dovrebbe privarlo della sua mercede. La cosa perisce per il padrone, quando è già modificata dal lavoro dell'operaio, e quindi il padrone dovrebbe pagare il lavoro che l'ha modificata, sebbene non ne approfitti. Si può obbiettare che il padrone non deve il prezzo dell'opera che quando è verificata, e come verificarla quando è perita? Questa è una difficoltà di fatto che non è

(1) Cassazione, 1.° agosto 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 331).
(2) Cassazione, 3 marzo 1869 (DALLOZ, 1869, 1, 331).

decisiva. La prova della bontà dell'opera incomberebbe naturalmente all'operaio, e se non la desse, non avrebbe diritto al prezzo (1).

12. Quello che prova che la difficoltà della verificazione non è una ragione decisiva contro l'operaio è che l'operaio può reclamare il suo salario quando il padrone è in mora a verificare l'opera e la cosa viene a perire mentre egli è in mora. La mora costituisce il padrone in colpa, e uno degli effetti di questa colpa è di mettere i rischi a carico di colui che l'ha commessa. È giusto che l'operaio non perda il frutto del suo lavoro per colpa del padrone. Questi però sarebbe ammesso a provare che l'opera non era buona e ch'egli avrebbe avuto il diritto di non riceverla. Se la mora non può nuocere all'operaio, non può nemmeno tornare a suo vantaggio.

13. L'operaio, avendo diritto al suo salario dal momento che l'opera è ricevuta, ha interesse a farla ricevere il più presto possibile, per liberarsi del rischio che corre di perdere il frutto del suo lavoro se la cosa venisse a perire per caso fortuito. Di regola l'opera non può essere verificata che quando è terminata. Da quel momento l'operaio può farla verificare e costituire, occorrendo, il padrone in mora a riceverla. « Quando si tratti di un lavoro che sia di più pezzi o a misura, la verificazione può farsi in partite diverse, e si presume fatta per tutte le partite soddisfatte, se il padrone paga l'operaio in proporzione del lavoro fatto » (art. 1791). Ne consegue che semplici acconti pagati dal padrone non potrebbero essere allegati dall'operaio come importanti verificazione. Gli è perchè il pagamento è proporzionato al lavoro fatto che la legge presume che il lavoro sia stato verificato, mentre un acconto non è che un'anticipazione che il padrone paga sul debito futuro (2).

14. L'art. 1790, dopo aver detto che l'operaio non ha più diritto di pretendere la mercede quando la cosa perisse senza sua colpa, soggiunge: « Purchè la cosa non sia perita per un vizio della materia ». Per esempio, una pietra preziosa si rompe durante il lavoro dell'operaio, perchè ha una vena. In questo caso, la perdita avviene per colpa del padrone. È dunque per colpa del padrone che l'operaio perde il suo lavoro: il padrone gli deve una riparazione di questo danno e l'indennità consiste naturalmente nel salario dell'operaio. Questi può reclamare non solo il prezzo del lavoro fatto al momento della perdita, ma ha diritto anche ai danni ed interessi, per il guadagno di cui vien privato. Tale è il diritto comune, e l'art. 1790, anzichè derogare al diritto comune, non fa che applicarlo.

Il vizio della materia che fa perire la cosa non dà sempre all'operaio un diritto al salario. Se la natura del vizio è tale

---

(1) Cfr. Colmet de Santerre, t. VII. p. 354, n. 243 *bis* II.
(2) Duranton, t. XVII, p. 245, n. 254. Duvergier, t. II, p. 397, n. 315.

che l'operaio abbia dovuto conoscerlo prima di cominciare il suo lavoro, non può reclamare alcuna mercede, perchè è egli stesso in colpa d'aver lavorato col rischio che l'opera perisse. È una colpa che che si avvicina al dolo, volendo l'operaio ritrarre il prezzo di un lavoro che sa già essere inutile per il padrone. Il suo dovere è di avvertire il padrone e di non fare un lavoro inutile. L'art. 1792 contiene un'applicazione di questo principio. Esso dichiara l'intraprenditore responsabile della perdita dell'edificio, sebbene avvenga per vizio del suolo. Ritorneremo su questa applicazione. Vi ha la stessa ragione di decidere quando un'opera qualunque perisce per vizio della materia, perchè l'operaio deve conoscere il vizio, come l'architetto deve conoscere il vizio del suolo (1).

15. La Corte di cassazione ha giudicato, conformemente alla sua ultima giurisprudenza (n. 7), che l'art. 1791 non è applicabile all'impresa d'una costruzione da elevarsi sul suolo di un proprietario con materiali da somministrarsi dall'imprenditore. Si trattava di sapere se il prezzo è dovuto all'intraprenditore dal momento in cui i lavori sono terminati o consegnati, o se non è dovuto che a partire dalla verificazione e dall'accettazione dei lavori. Secondo la nostra opinione, la questione deve essere decisa nell'ultimo senso, poichè gli articoli 1788-1790, concepiti in termini generali, comprendono ogni sorta d'opere. La Corte di cassazione, al contrario, decide che gli articoli 1788-1790 non si applicano alle costruzioni che un intraprenditore fa con materiali proprii sul suolo appartenente al proprietario, e ne conchiude che il prezzo è dovuto all'architetto a partire dal compimento dei lavori e dalla loro consegna. Ne risulta una conseguenza singolarissima, che il debito del padrone esiste quando non può essere costretto a pagare, perchè, fino a tanto che le costruzioni non sono ricevute in consegna, l'intraprenditore non ha alcuna azione contro il padrone. Tuttavia la Corte di cassazione ha giudicato che il padrone doveva gli interessi del prezzo prima della verificazione delle opere. Egli dovrebbe dunque gli interessi quando non deve il capitale. Ci pare che la conseguenza non attesti a favore del principio dal quale deriva. La dottrina è contraria alla giurisprudenza della Corte di cassazione (2).

16. Quando il padrone ha ricevuto l'opera, l'operaio cessa d'essere responsabile della perdita, e quand'anche vi fosse un difetto. Lo scopo della verificazione è precisamente d'assicurarsi se vi hanno difetti imputabili a colpa dell'operaio. Se, dopo fatta la verificazione, il padrone riceve l'opera, dichiara con ciò stesso che non vi ha alcun difetto, nel senso ch'egli rinuncia ad agire contro l'operaio quand'anche questi fosse realmente in colpa.

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 335, n. 243 *bis* IV.
(2) Rigetto, 19 luglio 1870 (Dalloz, 1872, 1, 18), e la nota della sentenza citata.

Ciò è ammesso da tutti nel caso in cui i difetti possono essere riconosciuti all'atto della verificazione. Il fatto del padrone che paga l'opera, quando sa che vi è un difetto, implica una tacita rinunzia al diritto d'agire per la colpa dell'operaio, rinuncia che è perfettamente valida, poichè non si tratta che dell'interesse del padrone.

Che dovrà dirsi se i difetti non potevano essere riconosciuti all'atto della verificazione? La questione è controversa, e vi ha dubbio, anzi lacuna. Per principio, l'operaio non può essere esonerato da ogni responsabilità per ciò solo che il padrone ha ricevuto l'opera. Se l'operaio è esonerato dalla responsabilità colla verificazione, è perchè la verificazione è possibile. Quando non lo è, nel senso che i difetti non si manifestano che posteriormente alla consegna dell'opera, non vi ha, a dir vero, nè verificazione nè presa in consegna. Non si può dire che il padrone riconosce che non vi ha alcun difetto o che rinuncia ad agire in forza di questo quando non è possibile constatarlo. Non si approva ciò che non si conosce, e non si rinuncia ad un diritto quando si ignora che il diritto esiste. Si possono invocare, in appoggio di questa opinione, le parole che Bérenger ha pronunciato al Consiglio di Stato, benchè si adducano anche in appoggio dell'opinione contraria. Un membro del Consiglio domandò se il fatto solo di ricevere in consegna l'opera liberasse l'operaio dalla sua responsabilità. Bérenger rispose che il codice distingue. L'architetto non è esonerato colla presa in consegna, poichè la legge prolunga la sua responsabilità per dieci anni (art. 1792), mentre essa non stabilisce alcun termine nel quale l'operaio sarebbe responsabile dopo che avesse avuto luogo la verificazione, il che sembra indicare ch'egli è esonerato colla presa in consegna. È l'interpretazione che Bérenger dava al progetto di codice. Ecco come egli spiega la differenza che la legge stabilisce, secondo lui, fra l'architetto e l'operaio: « Si può facilmente verificare se un mobile è costrutto come deve esserlo. Così, dal momento ch'esso è preso in consegna, è giusto che l'operaio sia esonerato da ogni responsabilità. Non accade lo stesso d'un edificio. Esso può avere tutte le apparenze della solidità, ed essere tuttavia affetto da vizii occulti che ne procurino la caduta dopo un dato tempo. L'architetto deve dunque risponderne per un termine sufficiente a rendere certo che la costruzione è solida » (1). Dicendo che la presa in consegna dell'opera esonera l'operaio, Bérenger supponeva che il padrone potesse facilmente verificare se esiste un difetto. Quando dunque il difetto non potesse essere conosciuto, bisogna conchiudere che, tanto per lo spirito della legge quanto per i principii, non vi ha verificazione e che, per conseguenza, l'operaio resta tenuto pel difetto.

(1 Seduta del Consiglio di Stato del 14 nevoso anno XII (LOCRÉ, t. VII, p. 173, n. 17).

Ma la legge, così intesa, conduce ad una conseguenza davanti alla quale tutti indietreggiano. L'operaio è responsabile dei difetti che si manifestano posteriormente alla verificazione. Quale sarà la durata di questa responsabilità? Siccome la legge non la limita, come fa per l'architetto (art. 1792), bisogna conchiuderne che la responsabilità durerebbe trent'anni. Questa conseguenza è certamente in opposizione colla volontà del legislatore. Esso ha limitato a dieci anni la responsabilità dell'architetto. Se avesse inteso che l'operaio fosse responsabile per difetti che si manifestano più presto che un vizio di costruzione, avrebbe egualmente limitato la durata della responsabilità. Se non l'ha fatto, è perchè ha presunto, come dice Bérenger, che la verificazione è sempre facile. Di fatto può non esserlo, può anche accadere che sia impossibile. Che diviene allora la presunzione della legge?

Gli uni dicono che bisogna applicare per analogia l'art. 1648, che limita a un termine brevissimo l'azione nascente da un vizio redibitorio in materia di vendita, vale a dire che il giudice determinerà la durata dell'azione secondo la natura dell'opera e i vizii che vi si riscontrano (1). Ciò ne sembra inammissibile. Il potere che la legge accorda al giudice, in materia di vendita, di stabilire il termine entro il quale il compratore deve intentare l'azione è così esorbitante che è impossibile applicarlo per analogia alla locazione. Le disposizioni anormali non si estendono per via analogica. Altri dicono che l'operaio è esonerato, in tutti i casi, colla presa in consegna dell'opera. Duvergier, altrettanto modesto quanto valente, confessa che ha esitato a lungo, e ben a ragione. Il rigore dei principii conduce ad un assurdo, ed è certo che il legislatore non ha voluto questa conseguenza assurda. Bisogna dunque stare all'interpretazione che si è data al Consiglio di Stato, e ammettere che la verificazione copre sempre la responsabilità dell'operaio (2).

§ II. — *Fine del contratto di locazione d'opera.*

N. 1. — Diritto del padrone.

17. « Il padrone può sciogliere a suo arbitrio il contratto *à forfait*, quantunque sia già cominciato il lavoro, indennizzando l'intraprenditore di tutte le spese, di tutti i lavori fatti, e di tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa » (art. 1794). Questa disposizione deroga, apparentemente, ad un principio fondamentale di ogni contratto sinallagmatico.

---

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 528, § 374.
(2) Duvergier, t. II, p. 398, n. 347. Troplong, n. 991.

Nessuna delle parti contraenti può a suo arbitrio sciogliersi dalle sue obbligazioni. Questo principio si applica anche alla locazione. L'art. 1794 vi deroga, in favore del padrone, per una considerazione d'equità. Può darsi che l'opera comandata non convenga più al padrone, o che le sue condizioni economiche non gli permettano più di pagare il prezzo che ha promesso. L'equità e l'interesse stesso dell'operaio richiedono, in questo caso, che il padrone non sia costretto ad osservare il contratto. Però le condizioni alle quali la legge subordina l'esercizio di simile facoltà eccezionale la fanno rientrare sotto l'impero del diritto comune. Il padrone deve pagare all'operaio tutto ciò cui è tenuta quella delle parti che non soddisfa alle sue obbligazioni. Essa deve danni ed interessi che comprendono ciò che l'altra parte perde e il guadagno che non fa. Ora, tali sono precisamente le obbligazioni che l'art. 1794 impone al padrone che risolve il contratto. Tutti i diritti dell'operaio sono mantenuti. Egli è indennizzato delle spese; gli si paga il suo lavoro e tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare nell'impresa. Sono danni ed interessi completi (1). Tuttavia la disposizione resta eccezionale, nel senso che il padrone discioglie il contratto a suo arbitrio, mentre, secondo il diritto comune, il tribunale pronuncia lo scioglimento del contratto quando l'una delle parti non soddisfaccia alle sue obbligazioni (art. 1184).

18. L'art. 1794 pare che limiti il diritto del padrone al contratto *à forfait,* ma tutti gli scrittori ammettono che il padrone ha lo stesso diritto quando si tratta d'un contratto a prezzo od a misura. È certo che il motivo d'equità è lo stesso, anzi si può dire che vi ha un motivo *a fortiori*, poichè questi contratti possono eseguirsi a prezzo od a misura (2). Ma vi ha una difficoltà di diritto. Può estendersi per analogia una disposizione che, in qualunque modo si spieghi, conserva un carattere eccezionale? Ci pare dubbio.

19. L'art. 1794 è applicabile quando l'operaio somministra la materia? La maggior parte degli scrittori si pronunciano per l'affermativa, perchè la legge è concepita in termini generali. Ma la distinzione non risulta dalla natura stessa del contratto? Se si ammette, come abbiamo insegnato, che il contratto è una vendita quando l'operaio somministra la materia, non se ne deve conchiudere che non vi ha luogo ad applicare una disposizione eccezionale che non è fatta che per la locazione d'opera? È certo che il compratore non può disdire il suo contratto, quand'anche offrisse danni ed interessi al venditore. Questo pare decisivo. Però vi ha una differenza fra il *cottimo* e la vendita propriamente detta. Nella vendita il compratore diviene

(1) Demante e Colmet de Santerre, t. VII, p. 365, nn. 247 e 247 *bis* I.

(2) Duranton, t. XVII, p. 252, n. 257. Duvergier, t. II, p. 422, n. 371. Colmet de Santerre, p. 366, n. 247 *bis* II.

proprietario della cosa dal momento che il contratto è perfetto, e quindi non si concepisce ch'egli possa sciogliere il contratto malgrado il venditore. Sarebbe come trasmettere la proprietà al venditore senza il suo consenso, il che è impossibile. Non accade così nel cottimo, poichè l'opera non è ancora cominciata o non è compiuta. In tal caso lo scioglimento è possibile, e i termini generali dell'art. 1794 permettono di applicarlo a questa ipotesi (1).

N. 2. — La morte dell'operaio.

20. « Il contratto di locazione d'opera si risolve colla morte dell'operaio, dell'architetto od intraprenditore » (art. 1795). Non è lo stesso della locazione delle cose. Secondo l'art. 1742, essa non si scioglie colla morte del locatore nè con quella del conduttore. Il relatore del Tribunato spiega la ragione di questa differenza. Nell'antico diritto si distingueva fra la locazione d'opera in cui era stato specialmente preso in considerazione l'impegno dell'artista e quella, nella quale l'operaio poteva facilmente lasciarsi sostituire. È meglio, dice la relazione, non fare alcuna distinzione, perchè la fiducia nei talenti, nelle cure e nella probità del locatore è sempre presa più o meno in considerazione nella locazione d'opera, ed è sempre, in sostanza, l'obbligazione d'un fatto personale che il locatore vi contrae (2).

21. L'art. 1795 è applicabile al caso in cui l'operaio somministra la materia? Se si tien conto dei motivi che abbiamo trascritti, bisogna decidere la questione affermativamente. Vi ha però una ragione di dubitare. Il contratto, si dice, è una vendita, e la vendita non si scioglie colla morte del venditore. Non si spinge così troppo oltre l'assimilazione dei due contratti? Anche quando l'operaio somministra la materia, resta un elemento di locazione. L'opera, infatti, non è terminata, forse nemmeno cominciata, e quindi l'ingegno dell'operaio è la considerazione decisiva del contratto. Il contratto, essendo personale per sua essenza, bisogna applicare l'art. 1795. È questa l'opinione della maggior parte degli scrittori (3).

22. L'art. 1795 è applicabile quando vi hanno due architetti che si sono obbligati solidariamente? È stato giudicato che il contratto sussisteva a riguardo dell'architetto superstite (4). Non

---

(1) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da AUBRY e RAU, t. IV, p. 528, nota 11, § 374. Cfr. rigetto, sezione civile, 27 aprile 1870 (DALLOZ, 1871, 1, 286).

(2) MOURICAULT, *Relazione*, n. 19 (LOCRÉ, t. VII, p. 207).

(3) DURANTON, t. XVII, p. 253, n. 258, seguito da DUVERGIER e AUBRY e RAU. In senso contrario, TROPLONG e MARCADÉ.

(4) Bruxelles, 7 dicembre 1842 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 34).

è ciò troppo assoluto? Se l'architetto predefunto non era che un fideiussore solidale, la sua morte non può rompere il contratto, ma se è in considerazione del suo ingegno che il padrone ha contrattato, ci troviamo nei termini e nello spirito dell'art. 1795. La questione deve essere decisa, non coi principii della solidarietà, ma col principio speciale che governa il contratto di locazione d'opera.

23. Si è sostenuto che l'art. 1795 dovesse applicarsi al contratto di farsi trasportare in carrozza per le strade. La Corte di Bruxelles poteva contentarsi di citare il testo della legge per respingere questa strana interpretazione. Essa soggiunge che l'art. 1795 non è applicabile alle convenzioni colle quali una parte si obbliga, non a compiere un'opera, ma a procurare una cosa che può esser fatta sia da lei, sia da operai, poichè, in questo caso, non si è preso in considerazione nè la professione nè l'abilità del debitore (1).

24. Il contratto di locazione si scioglie colla morte dell'operaio. Quali sono, in questo caso, le obbligazioni del proprietario? « Egli è tenuto a pagare agli eredi dell'operaio, in proporzione del prezzo fissato dalla convenzione, l'importare dei lavori fatti e dei materiali preparati, allora soltanto che tali lavori o tali materiali possono essergli utili » (art. 1796). Che cosa si deve intendere, in questa disposizione, per lavori *utili?* L'espressione non va intesa nel senso ordinario delle spese utili, vale a dire di lavori che procurano al padrone un vantaggio pecuniario. Può trattarsi di spese di lusso, che saranno utili al padrone nel senso che gli procurano il piacere o il godimento ch'egli si aspettava dal contratto.

Come si determina l'indennità che il padrone deve agli eredi dell'operaio? L'art. 1796 dice ch'esso è proporzionale al prezzo portato dalla convenzione. Ciò suppone una ventilazione, vale a dire un confronto fra il prezzo fissato per l'opera e la parte del lavoro già compiuta. Quando vi ha soltanto un principio d'esecuzione, consistente in acquisto di materiali e in lavori preparatorii, senza che si abbia una parte ultimata, non si può più procedere per ventilazione. L'indennità sarà valutata a seconda dell'utilità che il padrone può ritrarre dai materiali e dai lavori (2).

---

(1) Bruxelles, 17 dicembre 1857 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 237).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 367, n. 249 *bis* II.

CAPO IV.

Disposizioni particolari concernenti gli architetti.

§ I. — *Della responsabilità degli architetti.*

N. 1. — Dei diversi casi di responsabilità.

25. La responsabilità degli architetti è regolata da tre articoli che cominciamo dal trascrivere: « Se l'edificio costrutto a prezzo fatto perisce in tutto o in parte per difetto di costruzione, ed anche per vizio del suolo, l'architetto e l'intraprenditore ne restano responsabili per dieci anni » (art. 1792). L'art. 2270 contiene una disposizione analoga: « Dopo dieci anni, l'architetto e gli intraprenditori sono sciolti dalla garanzia delle operazioni che hanno dirette ». Infine gli articoli 1382 e 1383 sono applicabili agli architetti: « Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno ». « Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per fatto proprio, ma ancora per sua negligenza o per sua imprudenza ». Tutti questi articoli hanno per oggetto una identica responsabilità?

26. La negativa è certa per ciò che riguarda l'art. 1382. Vi ha una differenza essenziale fra la responsabilità che l'architetto incorre in forza dell'art. 1382 e quella che gl'incombe in forza degli articoli 1792 e 2270. L'art. 1382 implica che non esiste convenzione fra colui il quale, col proprio fatto, reca un danno e quello che è leso dal fatto dannoso. Gli è ciò che dice l'art. 1370, di cui l'art. 1282 è una conseguenza ed una applicazione. L'obbligazione che risulta da un fatto dannoso, chiamato delitto o quasi-delitto, esiste senza che intervenga alcuna convenzione, nè da parte di colui che si obbliga, nè da parte di colui verso il quale egli è obbligato. La responsabilità che nasce da un delitto o da un quasi-delitto è generale, indipendente dalla professione che esercita l'autore del fatto dannoso. Se il danno è recato per occasione della professione, l'obbligazione di ripararlo non deriva dalla professione, ma risulta dal fatto dannoso. Quando dunque l'architetto è tenuto in forza dell'art. 1382, non lo è come architetto, non lo è in forza d'un contratto intervenuto fra lui e la persona lesa, poichè non vi ha convenzione, o la convenzione è estranea al delitto e al quasi-delitto; l'architetto è obbligato a riparare il danno che cagiona, come vi è obbligata ogni altra persona. Questa obbligazione non ha nulla di comune col contratto di locazione. Accade tutto all'opposto della responsabilità regolata dagli articoli 1792 e 2270. Essa è parti-

colare all'architetto, e si riferisce alle obbligazioni speciali ch'egli contrae in forza del contratto di locazione d'opera. La differenza è radicale. Da una parte si tratta d'una responsabilità nascente da un delitto o da un quasi-delitto; dall'altra, d'una colpa convenzionale di cui l'architetto risponde come debitore. I principii che reggono la colpa nei contratti e nei delitti o quasi-delitti sono ben diversi. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni* o a quello *Delle obbligazioni nascenti dai delitti e quasi-delitti* (v. XVI, n. 230, v. XX, nn. 462, 463 e 523).

27. Abbiamo osservato più volte che, nella pratica, si confonde la rèsponsabilità degli articoli 1382 e 1383 colla responsabilità delle colpe convenzionali. La confusione dipende dalla falsa teoria della colpa, cui abbiamo accennato altrove. Fa meraviglia vedere la Corte di cassazione dividere un errore che il testo della legge condanna, la qual cosa conduce a questa strana conseguenza che il delitto è assimilato ad una convenzione. La Corte ha giudicato, in una sentenza di massima, che la responsabilità stabilita dall'art. 2270 è soggetta alle regole contenute negli articoli 1382 e 1383 (1), ossia che una colpa convenzionale è retta dai principii che riguardano i delitti e i quasi-delitti. L'errore è certo, poichè dimostrato dal testo della legge. Basta confrontare l'art. 1137, relativo alla colpa convenzionale, e l'art. 1382, concernente la colpa detta aquiliana, per convincersi che le due colpe sono diverse. La colpa dell'art. 1137 è la colpa lieve, mentre la colpa dell'art. 1382 è la colpa lievissima. Dire che l'architetto risponde delle colpa dell'art. 1382, quando si tratta del contratto di locazione, è quanto dire ch'egli deve rispondere ad un tempo, e per lo stesso fatto, della colpa lieve e della colpa lievissima, il che implica contraddizione.

28. Anche le conseguenze delle due specie di colpe sono diverse. È costante in giurisprudenza che i coautori d'un fatto dannoso sono tenuti in solido ai danni ed interessi. Sarebbe così dell'architetto e dell'intraprenditore quando sono responsabili in forza d'un fatto estraneo al contratto di locazione. Ma quando si tratta dell'inadempimento delle obbligazioni ch' essi hanno contratto come architetti e intraprenditori, non può più essere questione di solidarietà, perchè la solidarietà convenzionale non esiste che nei casi determinati dalla legge (art. 1202). Una recente sentenza della Corte di cassazione confonde queste nozioni elementari. Nel caso concreto, si trattava di lavori di ricostruzione eseguiti da un intraprenditore di opere da muratore. L'architetto aveva il mandato di sorvegliare i lavori. Questi lavori cagionarono dei guasti alla casa contigua, ed era dimostrato che il danno proveniva dalla negligenza usata dall'intraprenditore nell'esecuzione dei lavori, specialmente perchè un

---

(1) Rigetto, 15 giugno 1863 (DALLOZ, 1863, 1, 421).

muro non era stato costrutto a regola d'arte, non aveva lo spessore voluto e non si era presa la precauzione di puntellarlo. Di qui un'azione di danni ed interessi da parte del proprietario leso. Era un'azione fondata sopra un delitto, e intentata contro l'intraprenditore, autore del fatto dannoso. Si chiamò in causa anche l'architetto. Se la Corte si fosse limitata a dire che l'architetto era colpevole d'una colpa d'ommissione, perchè aveva sorvegliato i lavori negligentemente, sarebbe rimasta nei termini dell'art. 1382, ma, per rispondere ad un'obbiezione del ricorso, la Corte soggiunge che l'architetto, al pari dell'intraprenditore, è tenuto alle obbligazioni principali che nascono dal contratto di locazione d'opera, e, per conseguenza, la sentenza condannò solidariamente l'intraprenditore e l'architetto (1). Si confondevano così due ordini d'idee affatto distinti. L'azione del proprietario leso non aveva nulla di comune col contratto di locazione. Essa si fondava unicamente sopra un fatto dannoso, e conseguentemente bisognava lasciar da parte il contratto di locazione e le obbligazioni che ne nascono, per considerare soltanto il fatto dannoso.

Un decreto del Consiglio di Stato mette l'errore in piena luce. Nella specie, l'art. 1382 era fuori di questione. Non era un terzo estraneo al contratto che intentava l'azione per un fatto dannoso. Il proprietario agiva per la cattiva costruzione contro l'intraprenditore e contro l'architetto, cioè per una colpa comune ch'essi avevano commesso nell'esecuzione del contratto di locazione. Risultava dalla perizia che parecchie travi avevano ceduto, per cause che i periti attribuivano tanto all'insufficienza delle dimensioni prescritte nel contratto d'appalto quanto alla cattiva qualità del legname. Il cedimento era dunque imputabile all'architetto e all'intraprenditore, e conseguentemente il Consiglio di Stato condannò entrambi a sostituire le travi (2). Ov'era il quasi-delitto che solo, secondo la giurisprudenza, permetteva di pronunciare una condanna solidale? La colpa era certamente convenzionale, e quindi la solidarietà non poteva risultare che da una stipulazione espressa. Fondandola sull'art. 1382, si confonde la convenzione col quasi-delitto.

La Corte di Parigi ha giudicato meglio, pur motivando inesattamente la sua decisione. Nella specie, l'architetto e l'intraprenditore avevano commesso ciasuno una colpa distinta. Su questa circostanza della causa la Corte si fonda per conchiuderne che l'architetto e l'intraprenditore non avevano partecipato ad un quasi-delitto, e che, per conseguenza, non erano tenuti solidariamente (3). È quanto dire che la colpa commessa dall'architetto e dall'intraprenditore nell'esecuzione del contratto

(1) Rigetto, 25 marzo 1874 (Dalloz, 1874, 1, 285).
(2) Decreto dell'11 maggio 1854 (Dalloz, 1854, 3, 61).
(3) Parigi, 17 novembre 1849 (Dalloz, 1850, 2, 206).

è un quasi-delitto, e che, se la colpa fosse stata comune, la Corte li avrebbe condannati solidariamente. Si sarebbe violato l'art. 1202, e si sarebbe fatto una falsa applicazione dell'articolo 1302. Una colpa convenzionale non potrebbe costituire un quasi-delitto, poichè, secondo i termini formali dell'art. 1370, il quasi-delitto suppone che non vi sia alcuna convenzione fra l'autore del fatto dannoso e la parte lesa.

29. Veniamo ad una questione più difficile e molto controversa. L'art. 1792 dichiara l'architetto responsabile della perdita totale o parziale dell'edificio quando questo perisce per vizio di costruzione o per vizio del suolo. E, secondo l'art. 2270, l'architetto è garante delle operazioni che ha fatte o dirette. Questi due ostacoli stabiliscono una identica responsabilità? Ovvero prevedono casi diversi, e questi casi sono retti da principii differenti? Gli autori insegnano generalmente che l'art. 2270 non ha fatto che completare la disposizione dell'art. 1729, estendendo a tutte le operazioni la responsabilità che l'art. 1792 sembrava limitare alla costruzione d'edifici a prezzo fatto. Aubry e Rau, al contrario, sostengono che la responsabilità dell'art. 2270 differisce dalla responsabilità dell'art. 1792 e quanto alle cause e quanto agli effetti. Essi invocano, in appoggio della loro dottrina, la giurisprudenza della Corte di cassazione (1). Non oseremmo affermare che la giurisprudenza abbia una dottrina fissa, un principio certo. Delle due sentenze che si citano, l'una non dice quello che le si attribuisce, e l'altra è così erronea che è difficile attribuirle un valore dottrinale. Si tratta di sapere se l'articolo 2270 prevede un'ipotesi identica a quella dell'art. 1792, e specialmente se stabilisce principii diversi, perchè se i principii che reggono i due casi sono gli stessi, che importa che i casi non siano uguali? Ora, la sentenza del 1844 non cita l'art. 2270. La questione che esaminiamo non è nemmeno stata sollevata nella lite. Di che si trattava? Vi era un imprenditore dei lavori ed un architetto. La questione stava nel sapere se questi forse responsabile, benchè non avesse preso parte all'esecuzione dei lavori (2). Ritorneremo sulla difficoltà decisa dalla Corte. In ogni caso essa non tronca la questione di principio, per la ragione semplicissima che non le era stata sottoposta.

La sentenza del 1863 è più esplicita. Essa dice che l'art. 2270 ha un significato più esteso dell'art. 1792, ch'esso non esige che l'edificio sia perito in tutto o in parte, che non esige la condizione del *forfait*, e che, d'altra parte, si applica alle riparazioni straordinarie, mentre l'art. 1792 non parla che della costruzione d'un edificio. Questa differenza fra le due disposizioni è certa. Essa è scritta nei testi, e nessuno ha mai pensato a negarla. Si tratta di sapere se i casi che non rientrano nell'art. 1792, e

(1) Vedi le fonti in AUBRY e RAU, t. IV, p. 530, nota 18, § 374.
(2) Rigetto, 12 novembre 1843 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 138).

che sono retti dall'art. 2270, sono soggetti a regole diverse. La Corte di cassazione ammette che vi ha una differenza concernente la prova, cioè che l'art. 1792 stabilisce una presunzione di colpa, mentre l'art. 2270 non presume la colpa dell'architetto. Che cosa ne conchiude la Corte? Che l'attore deve provare la colpa dell'architetto in forza dell'art. 1382 (1). È questa la dottrina di Aubry e Rau? No, certamente. L'opinione consacrata dalla sentenza del 1863 si fonda sopra un errore. Vi ritorneremo. Se dunque la giurisprudenza ha un principio, è quello dell'art. 1382, e questo preteso principio è un errore. Bisogna lasciar da parte la giurisprudenza per attenersi al testo della legge ed ai principii.

30. In teoria, noi preferiamo l'opinione insegnata dalla generalità degli autori. La responsabilità dell'architetto è una, e non multipla, e deriva dalla stessa causa, dalla diligenza che promette di adoperare nell'esecuzione delle sue obbligazioni. Sono le cure d'un buon padre di famiglia a cui ogni debitore è tenuto, cure che si specializzano nella particolarità della locazione d'opera, nel senso che l'architetto è tenuto a tutte le cure d'un buon architetto. Egli è responsabile quando non soddisfaccia a questa obbligazione. Quando non vi soddisfa? L'art. 1792 prevede un caso, il più grave, la perdita totale o parziale dell'edificio per vizio della costruzione o per vizio del suolo. Questo caso non è il solo e nemmeno il più frequente, perchè la perdita accusa una colpa grave, un'imperizia od una negligenza che d'ordinario non si riscontra nelle persone dell'arte. Si dirà per questo che l'architetto non risponde della sua colpa quando l'edificio non cade in ruina? Nessuno oserebbe pretenderlo. Che importa che l'art. 1792 non parli che della distruzione dell'edificio? L'oggetto di questa disposizione non è di stabilire il principio della responsabilità dell'architetto. Una disposizione speciale era inutile. La legge non dice che l'operaio risponde della propria colpa, e non aveva bisogno di dire che l'architetto è responsabile quando l'edificio perisce per vizio delle costruzioni o per vizio del suolo, ossia da una colpa che è imputabile al costruttore, ma bisognava determinare la durata di questa responsabilità. L'architetto sarebbe responsabile, in qualunque tempo l'edificio venga a perire per sua colpa? Sarà responsabile anche quando la perdita avviene dopo che la costruzione è stata verificata e ricevuta in consegna? Tali sono le difficoltà che decide l'articolo 1792. Questa disposizione non è dunque relativa che alla durata della garanzia, che la legge fissa a dieci anni. Se così è, l'art. 2270 si spiega facilmente. Esso completa l'art. 1792. Al titolo della *Locazione* la legge non aveva previsto che il lavoro

---

(1) Rigetto, 24 marzo 1863 (DALLOZ, 1863, 1, 422). Si potrebbe invocare anche una sentenza di Gand del 12 agosto 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 35), ma la questione che essa decide è tutt'altra da quella che divide gli autori e la giurisprudenza.

ordinario dell'architetto, la costruzione d'un edificio. La disposizione era troppo ristretta: l'architetto può fare altri lavori oltre al costruire un fabbricato, e quand'anche si tratti di un fabbricato, egli può essere impiegato a fare o a dirigere importanti riparazioni. Non era dubbio ch'egli rispondesse, in tutti questi casi, della sua colpa, ma si poteva dubitare che il termine arbitrario di dieci anni potesse estendersi a casi non previsti dal testo. Di qui la necessità d'una disposizione complementare, che è quella dell'art. 2270, la quale comprende tutte le grandi operazioni. Essa si trova al titolo della *Prescrizione*, perchè si tratta di determinare la durata della garanzia. Sarebbe stato meglio riunire le due disposizioni per non farne che una sola, applicabile a tutte le ipotesi in cui l'architetto risponde della propria colpa. Ma i diversi titoli del codice essendo stati discussi, votati e pubblicati separatamente, si comprende come un articolo posteriore venga a completare un articolo anteriore. Quello, che prova come l'art. 2270 non formi che una cosa sola coll'art. 1792 è che l'oggetto delle due disposizioni è lo stesso: determinare la durata della responsabilità dell'architetto Ed anche la decisione del legislatore è identica, poichè in entrambi i casi la responsabilità dura dieci anni (1).

31. Che cosa si obbietta contro questa interpretazione? L'articolo 1792, si dice, stabilisce una presunzione di colpa. Ora, nessuna presunzione legale può essere estesa a casi non previsti dalla legge che la stabilisce (2). È quanto dire, come fa la Corte di cassazione, che l'art. 1792 stabilisce una presunzione legale di colpa, mentre l'art. 2270 non presume la colpa dell'architetto, donde la Corte conchiude che bisogna applicare il principio dell'art. 1382, secondo il quale la prova della colpa incombe all'attore. Su questo punto, i fautori della dottrina che combattiamo sono discordi. Aubry e Rau scartano l'articolo 1382, pur ponendo il principio che, nel caso previsto dall'art. 2270, l'attore deve provare la colpa dell'architetto, mentre, nel caso dell'art. 1792, egli non ha nulla a provare, la presunzione legale tenendogli luogo di prova. Ma gli è poi vero che vi ha una presunzione legale di colpa, e che questa presunzione non esiste che nel caso dell'art. 1792?

L'art. 1792 dispone che l'architetto risponde per dieci anni della perdita se l'edificio perisce per difetto di costruzione o per vizio del suolo, vale a dire se la perdita avviene per colpa dell'architetto. Questa colpa è presunta? Basta che la perdita avvenga nei dieci anni perchè, per ciò solo, l'architetto sia responsabile? La legge non lo dice: essa rende l'architetto responsabile sotto una condizione, « se l'edificio perisce per di-

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 357, n. 245 *bis* II e III.
(2) Aubry e Rau, t. IV, p. 590, nota 18, § 374. Rigetto, 15 giugno 1863 (Dalloz, 1863, 1, 421).

fetto di costruzione o per vizio del suolo ». Spetta dunque al proprietario provare che la perdita è avvenuta per uno di questi vizii, e quindi l'attore deve dimostrare la colpa dell'architetto. Se vi ha una presunzione nell'art. 1792, essa è in favore, non del proprietario, ma dell'architetto, nel senso che dopo dieci anni la perdita dell'edificio non è imputabile all'architetto. Egli non ne risponde più, e quindi si presume che non sia in colpa. E l'art. 2270 dice precisamente la stessa cosa. L'architetto è sciolto, dopo dieci anni, dalla garanzia delle grandi operazioni ch'egli ha fatte o dirette; la sua responsabilità cessa. Se si ammette che l'art. 1792 stabilisce una presunzione legale di colpa contro l'architetto, bisogna ammettere la stessa presunzione nel caso dell'art. 2270, perchè le due disposizioni sono identiche sotto questo rapporto. Dire che l'architetto è sciolto dopo dieci anni dalla garanzia delle grandi operazioni è quanto dire che durante questo tempo egli ne è garante. Vi ha di più. L'articolo 2270 non stabilisce nemmeno le condizioni sotto le quali l'architetto sarebbe garante; esso non parla nè del difetto di costruzione nè del vizio del suolo, e quindi si potrebbe sostenere che la legge stabilisca una presunzione assoluta di colpa nel caso dell'art. 2270. A nostro avviso, sarebbe un cattivo ragionamento. Nessuna delle due disposizioni ha per oggetto di decidere una questione di prova. Entrambe non hanno altro scopo che di fissare la durata della garanzia, e, sotto questo rapporto, esse sono identiche. Dopo dieci anni, l'architetto non è più responsabile. Si dirà che ne risulta una presunzione contro l'architetto durante i dieci anni, ossia che durante questo tempo egli risponde della perdita, senza che il proprietario sia tenuto a provare che il costruttore è in colpa? Rispondiamo che la legge non dice questo. L'art. 1792 dice piuttosto il contrario, poichè subordina la responsabilità ad una condizione. D'altronde non si creano presunzioni per via d'induzione, e il testo della legge non dice che la perdita dell'edificio durante il termine di dieci anni sia imputabile all'architetto. La legge dispone, il che è ben diverso, che se, entro questo termine, l'edificio perisce per vizio della costruzione o del suolo, l'architetto ne risponde. Con ciò si limita la durata della garanzia, non si dice che l'architetto è garante, senza che l'attore abbia a provare che il costruttore è in colpa.

§ II. — *Della responsabilità prevista dall'art. 1792.*

N. 1. — Il principio.

32. L'art. 1792 dichiara l'architetto responsabile per dieci anni della perdita dell'edificio se avviene per difetto di costruzione o per vizio del suolo. Quale è l'oggetto di questa disposizione? Ecco il punto capitale. Per interpretare la legge,

bisogna sapere che cosa il legislatore abbia voluto. La Corte di cassazione dice che l'art. 1792 stabilisce una presunzione legale di colpa a carico dell'architetto (n. 31). Noi abbiamo combattuto questa opinione. Il testo della legge non parla d'una presunzione, esso non parla della prova della colpa, ma suppone che la colpa esiste, e l'architetto è certamente in colpa se l'edificio perisce per vizio della costruzione o del suolo. Vi ha, sotto questo rapporto, qualche cosa di speciale all'architetto? No, ogni operaio che si obbliga a fare un lavoro risponde della propria colpa, che consiste nel difetto di diligenza. Ma questa responsabilità è sanata dalla verifica o dalla presa in consegna (n. 16). Non così dell'architetto. Di regola la costruzione è verificata e presa in consegna dal proprietario quando è terminata, il che non toglie che l'architetto risponda della perdita dell'edificio se questo perisce per vizio della costruzione o del suolo. Ecco ciò che vi ha di speciale all'architetto: la sua responsabilità dura più a lungo di quella dell'operaio ordinario, poichè la legge ha fissato la durata della garanzia a dieci anni. Quale è la ragione di questa differenza? Noi abbiamo trascritto le parole di Bérenger nella discussione del progetto di codice. Esse sono la spiegazione ufficiale della legge. Se l'architetto è responsabile per dieci anni, malgrado la verifica e la presa in consegna dell'opera, è perchè l'edificio ha d'ordinario, al momento in cui la costruzione è terminata, tutte le apparenze della solidità. I vizii della costruzione non si manifestano che dopo un lasso di tempo più o meno lungo, e quindi bisognava far durare la responsabilità dell'architetto per un tempo molto lungo affinchè fosse efficace. Essa non lo sarebbe stato, se la verifica dell'opera vi avesse posto fine. Ecco perchè la legge la prolunga per dieci anni. In che cosa dunque deroga l'art. 1792 al diritto comune? In questo, che la responsabilità dell'architetto, dipendentemente dalla sua colpa, sussiste malgrado la verificazione dei lavori. Vi ha in ciò una presunzione di colpa? L'art. 1792 è stato oggetto d'una discussione molto lunga al Consiglio di Stato, ma non si disse una parola d'una presunzione legale di colpa. Se vi ha una presunzione nella legge, è quella che risulta dalla liberazione dell'architetto dopo i dieci anni. La legge presume che la perdita dell'edificio verificantesi dopo i dieci anni non è più imputabile a colpa dell'architetto. Se l'edificio dura dieci anni, è probabile che non vi sia vizio nè di costruzione nè di suolo. Ma dovrà ritenersi per questo che, se la perdita avviene nel termine della garanzia, la legge presuma la colpa dell'architetto? L'art. 1792 non lo dice. Di regola il tribunale nomina dei periti che constatino la causa della distruzione dell'edificio. E la perizia non è una presunzione che stabilisce la colpa dell'architetto (1).

33. L'art. 1792 dispone che l'architetto risponde della per-

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 357, n. 245 *bis* I.

dita se l'edificio crolla per difetto di costruzione od *anche* per vizio del suolo. Perchè la legge rende l'architetto responsabile della perdita che avviene per vizio del suolo, quantunque il suolo sia dato ordinariamente dal proprietario? L'art. 1792 sembra derogare al principio dell'art. 1790, a termini del quale il padrone risponde del vizio della materia che fornisce all'operaio. In realtà la legge non fa che applicare i principii generali. Infatti, l'operaio risponde del vizio della materia, se, per la sua professione, ha dovuto conoscere il vizio che si manifesta mentre lavora (n. 14). Ora, l'architetto deve studiare e conoscere il suolo prima d'impegnarsi a costruire. Il proprietario non può conoscere il vizio del suolo che consegna all'architetto. Questo è affare dell'architetto, il quale quindi deve rispondere dei vizii del suolo. Se li ignora, vi ha imperizia e negligenza. Se li conosce, ha obbligo di avvertirne il proprietario e rifiutarsi ad innalzare una costruzione che deve necessariamente perire.

Che dovrà dirsi se l'architetto avverte il proprietario dei vizii del suolo e tuttavia il proprietario persiste nel voler fabbricare? L'architetto sarà, in questo caso, responsabile? Il progetto di codice proposto dalla Commissione recava: « Se l'edificio costrutto a prezzo fatto perisce per vizio del suolo, l'architetto ne è responsabile, *a meno che non provi di aver fatto al padrone le convenienti rimostranze per dissuaderlo dal fabbricarvi* ». Questa disposizione fu tolta dalla sezione di legislazione del Consiglio di Stato. Durante la discussione, Combacérès propose di ristabilirla. Tronchet, Bigot-Préameneu, Réal, Treilhard combatterono la proposta, che non fu ammessa. Importa constatare le ragioni ch'essi fecero valere per mantenere la responsabilità dell'architetto. Il proprietario non conosce le regole della costruzione. L'architetto deve rendernelo istrutto e non può allontanarsene per una riprovevole compiacenza. Egli non deve seguire i capricci d'un proprietario tanto insensato da compromettere la sua sicurezza personale insieme alla sicurezza pubblica (1). Così, mantenendo la responsabilità dell'architetto, si voleva tutelare l'interesse pubblico, il quale si oppone a che s'innalzino costruzioni la cui necessaria caduta potrebbe trarre con sè funesti accidenti. Le parti non possono fare convenzioni che compromettano la sicurezza delle persone, e quindi l'architetto non può scusarsi d'aver costrutto sopra un suolo viziato, quand'anche il proprietario gliene avesse dato l'ordine. Invano il proprietario lo scioglierebbe dalla responsabilità che la legge gli impone. Non spetta a lui scioglierlo da simile responsabilità, perchè non si tratta d'interessi pecuniarii. La vita di coloro che abiteranno l'edificio sarà in pericolo, e quindi si trova in causa l'ordine pubblico, il che è decisivo. La dot-

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 14 nevoso anno XII, nn. 18 e 19 (Locré, t. VII, p. 173).

trina e la giurisprudenza sono in questo senso. La Corte d'Aix ammette però che l'architetto può farsi esonerare dalla responsabilità dal proprietario (1). Ciò ne sembra contrario allo spirito della legge, quale l'abbiamo esposto in base alla discussione che ha avuto luogo al Consiglio di Stato. Convalidare l'esonero è come obbligare l'architetto a costrurre, a rischio della vita di coloro che abiteranno la casa. L'esonero è dunque contrario all'interesse pubblico, il che lo rende nullo, ed è contrario anche ai buoni costumi, nel senso che l'architetto viola il suo dovere se costruisce sapendo che i vizii del suolo faranno crollare l'edificio. Egli mette il suo interesse pecuniario al di sopra del suo dovere, e chi sacrifica il dovere all'interesse fa una cosa immorale.

34. L'architetto è responsabile della perdita nel caso in cui fornisce il suolo? La difficoltà sta nel sapere se il contratto è retto, in questo caso, dai principii della vendita o dai principii della locazione. Noi abbiamo insegnato che, secondo lo spirito della legge, il contratto è una vendita quando l'operaio fornisce la materia (n. 5). Se ne deve conchiudere che l'articolo 1792 non è applicabile in tale ipotesi? È questa l'opinione di Troplong, ma rimase isolata. Quantunque il contratto sia una vendita, esso contiene un elemento di locazione, e questo elemento basta perchè si debba applicare l'art. 1792. Infatti, quando si forma il contratto, l'edificio non è costrutto, l'architetto si obbliga soltanto a costruirlo, e quindi egli promette le cure e la diligenza d'una persona dell'arte, il che è quanto dire che deve rispondere della sua imperizia e della sua negligenza (2).

35. Il codice non parla specialmente dei materiali. Quando li fornisce l'architetto, è sottinteso ch'egli ne risponde, e ne risponde anche quando li fornisce il proprietario. Quanto abbiamo detto del suolo (n. 34) si applica ai materiali. Il dovere dell'architetto è di rifiutare cattivi materiali, perchè adoperandoli compromette la solidità dell'edificio e, per conseguenza, la sicurezza pubblica. La Corte di Pau ha giudicato così, ma essa ha torto d'invocare l'art. 1382 (3). Vi ha senza dubbio un delitto civile nel compromettere la vita degli uomini, ma, se è un debitore che è responsabile della inesecuzione delle sue obbligazioni, bisogna lasciar da parte l'art. 1382; la colpa è convenzionale, ed è retta dai principii delle obbligazioni. La Corte di Parigi ha applicato i veri principii in un caso in cui era constatato che i cedimenti e le flessioni dei piani superiori erano

---

(1) Aix, 18 gennaio 1841 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 146, 2.°). Bastia, 7 marzo 1854 (DALLOZ, 1854, 2, 117). DUVERGIER, t. II, p. 402, n. 351. AUBRY e RAU, t. IV, p. 532, nota 27, § 374.

(2) DURANTON, t. XVII, p. 247, n. 255, e tutti gli autori, salvo il dissenso di TROPLONG, n. 1015 (AUBRY e RAU, t. IV, p. 529, nota 17, § 374).

(3) Pau, 13 marzo 1845 (DALLOZ, 1845, 2, 124).

causati dalla debolezza dei legnami impiegati. Invano l'architetto si scusava allegando che il proprietario, per economia, aveva imposto l'uso di legname d'abete e regolato la dimensione e lo spessore del medesimo. La Corte risponde che, come intraprenditore, egli era tenuto, per un interesse d'ordine pubblico, a garantire la solidità degli edifici che si obbligava a costrurre conformemente alle regole dell'arte (1).

N. 2. — A chi si applica la disposizione dell'art. 1792?

36. L'art. 1792 dispone che gli *architetti* ed *intraprenditori* rispondono per dieci anni della perdita dell'edificio, e quindi esso non è applicabile che a coloro i quali costruiscono come architetti o intraprenditori. La ragione sta in ciò ch'essi soli hanno le cognizioni necessarie per innalzare costruzioni conformi alle regole dell'arte, essi soli dunque possono prendere l'impegno di costrurre secondo queste regole, rispondendo della loro imperizia e della loro negligenza. Se il proprietario non adopera che operai i quali lavorano a cottimo, non vi ha nè intraprenditore nè architetto; è il proprietario stesso che ha la pretesa di sostituire l'uomo dell'arte. Di fatto è lui che dirige i lavori, e quindi non può parlarsi della responsabilità dell'articolo 1792. L'operaio non è responsabile dei vizii del suolo, perchè non si ritiene ch'egli lo conosca, non è responsabile dei vizii di costruzione, perchè non è lui che costruisce, ma il proprietario. L'operaio non fa che eseguire il lavoro materiale che gli si comanda, e ne risponde secondo il diritto comune, ossia la verifica dei lavori lo scioglie dalla responsabilità. Se dunque l'edificio crolla, fosse pure entro i dieci anni, il proprietario non ha alcuna azione contro gli operai che ha adoperati.

La Corte di cassazione ha giudicato così, ma noi non possiamo accettare i motivi ch'essa adduce. Essa pone il principio che, secondo le regole generali del diritto, l'architetto, l'intraprenditore e *tutti coloro che concorrono alla costruzione d'un edificio* sono responsabili dei vizii di costruzione, a condizione che sia comprovata una colpa da parte loro, e la prova, fuori del caso previsto dall'art. 1792, incombe al proprietario. È vero che ogni operaio risponde della sua colpa, ma l'operaio che non è intraprenditore nè architetto non risponde del vizio di costruzione nel senso che non è lui che costruisce e dirige i lavori. Egli risponde del lavoro speciale che fa, e spetta naturalmente al padrone a provare il difetto. Bisogna aggiungere, ciò che la Corte non dice e che pure è il punto essenziale, che l'operaio

(1) Parigi, 9 giugno 1853 (Dalloz, 1856, 2, 321). Cfr. Duranton, t. XVII, p. 248, n. 256.

è esonerato da ogni responsabilità colla verifica e colla presa in consegna dell'opera. L'art. 1792 deroga a questi principii? A sentire la Corte di cassazione, la derogazione consisterebbe in ciò, che la prova della colpa la quale, secondo il diritto comune, incombe all'attore, non dovrebbe essere data dal proprietario che agisce contro l'architetto per la sua responsabilità. L'articolo 1792 non dice questo. Se esso deroga al diritto comune, gli è perchè l'operaio è sciolto dalla sua responsabilità dal momento che ha somministrato il lavoro e il proprietario lo ha ricevuto, mentre l'architetto è responsabile per dieci anni. Nel caso concreto, si trattava della costruzione di muri. Il costruttore non aveva nè il titolo nè le funzioni d'architetto. I suoi servizii avevano piuttosto il carattere di locazione d'opera e d'una specie di domesticità, senza alcuna iniziativa personale e sotto la direzione d'un padrone. I muri rovinarono. L'operaio era responsabile? La decisione è semplicissima, ed era inutile ricorrere ai principii che reggono la prova. Non si può invocare l'art. 1792 contro colui che non è nè architetto nè intraprenditore (1).

37. Si chiamano cottimisti coloro che eseguiscono lavori a cottimo sotto la direzione, gli ordini e la sorveglianza d'un intraprenditore. Essi non sono semplici operai, nel senso che stipulano contratti a prezzo fatto coll'intraprenditore, e questi contratti possono essere considerevoli. Tuttavia essi non sono nè intraprenditori nè architetti. Non basta contrattare *à forfait* per essere intraprenditore. Quello che caratterizza l'intraprenditore si è ch'esso tratta direttamente col padrone (art. 1799). Coloro che trattano coll'intraprenditore o che lavorano sotto i suoi ordini e, il più delle volte, coi suoi materiali, non sono che operai, qualunque sia l'importanza del lavoro ch'essi eseguiscono. Ecco perchè si dà loro un nome particolare nella pratica. La Corte di cassazione ne ha conchiuso che l'art. 1792 non era loro applicabile (2), ma la sentenza non si spiega, del resto, sulla responsabilità che è loro imposta. È la responsabilità del diritto comune, vale a dire la responsabilità degli operai di cui abbiamo testè parlato (n. 36).

38. La legge dichiara responsabili *l'architetto e l'intraprenditore*. Essa intende dire con questo che se, per una costruzione, il proprietario impiega un architetto *e* un intraprenditore, essi sono entrambi responsabili, e allo stesso titolo, della perdita, se essa avviene per vizio della costruzione o del suolo? La questione non è senza difficoltà. Bisogna distinguere le diverse ipotesi che possono presentarsi. Il mandato dell'architetto differisce da quello dell'intraprenditore, e se egli resta nei limiti delle sue attribuzioni, non risponde che dell'opera che gli è

---

(1) Rigetto, 26 novembre 1873 (DALLOZ, 1875, 1, 20).
(2) Rigetto, sezione civile, 12 febbraio 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 502).

affidata, non risponde del lavoro dell'intraprenditore. Resta a sapere quale è il mandato dell'architetto. Non è una questione di diritto, perchè tutto dipende dalla volontà delle parti contraenti. L'architetto può essere intraprenditore, egli può anche intervenire nell'esecuzione dell'impresa. Se è soltanto incaricato di stendere i piani e di redigere i contratti d'appalto, risponde degli uni e degli altri, ma non risponde dei lavori ai quali, supponiamo, è rimasto estraneo. Se i piani ed i contratti d'appalto sono conformi alle regole dell'arte, l'architetto sarà responsabile della caduta dell'edificio? No, se non vi ha alcuna colpa da rimproverargli. Egli non risponderà dei vizii di costruzione, perchè non è lui che ha fatto i lavori, e supponiamo che non li abbia diretti, ma risponderà dei vizii del suolo, perchè il dovere dell'architetto è innanzi tutto di studiare il terreno per fare conseguentemente il suo progetto e i suoi contratti. Quanto all'esecuzione propriamente detta dei lavori, essa spetta, nella nostra ipotesi, all'intraprenditore. Se non è conforme alle regole dell'arte, è sottinteso ch'egli ne risponderà. Se i progetti sono mal fatti, l'architetto sarà responsabile. La responsabilità dell'architetto sanerà la responsabilità dell'intraprenditore? No, a nostro avviso, perchè l'intraprenditore non deve eseguire un progetto difettoso. Sarebbe come costruire colla certezza o la probabilità che l'edificio crollerà. Non è questo agire colle cure che si richiedono da un intraprenditore. Egli è in colpa, e quindi è responsabile. Ma bisogna che vi sia una colpa, e questa quistione è essenzialmente di fatto (1).

In questa ipotesi, la responsabilità dell'architetto è limitata. Sarebbe lo stesso s'egli avesse diretto i lavori? Dirigere i lavori è intervenire nella loro esecuzione, e conseguentemente la responsabilità dell'architetto è più estesa. Essa abbraccia la direzione, il che comprende anche la verifica dei materiali, cosa essenziale, poichè avviene sovente che gli edifici crollano o devono essere rinforzati per la cattiva qualità dei materiali. L'architetto e l'intraprenditore, concorrendo nello stesso lavoro, sono soggetti alla stessa responsabilità. In caso di perdita, il proprietario avrà un duplice regresso. Come sarà regolata la parte rispettiva dell'architetto e dell'intraprenditore nei danni ed interessi? È certo ch'essi non sono solidariamente responsabili, a meno che il contratto non stipuli la solidarietà (n. 29). La responsabilità si dividerà in ragione della colpa di ciascuno dei debitori (2).

39. Tali sono i principii. L'applicazione dipende dalle circostanze della causa. La giurisprudenza ha poca autorità in questa

(1) La Corte di Rennes ha sciolto l'intraprenditore dalle responsabilità fondandosi sulle circostanze della causa (Rennes, 9 aprile 1870, DALLOZ, 1872, 2, 110).

(2) Cfr. DUVERGIER, t. II, p. 405, nn. 353, 354. AUBRY e RAU, t. IV, p. 532, §374.

materia, perchè le sentenze sono decisioni di fatto. Una chiesa è costrutta in base ai progetti stesi da due architetti. I lavori di costruzione furono aggiudicati a tre intraprenditori, uno per il legname, un secondo per i lavori di muratura, ed un terzo per i terramenti. Il capitolato conteneva disposizioni minuziose, specialmente sulla qualità del legname, ed era detto in una disposizione generale che gli architetti e gli intraprenditori sarebbero responsabili, per dieci anni, dei lavori eseguiti per la costruzioue della chiesa, conformemente all'art. 1792. Qualche anno dopo che i lavori furono presi in consegna si manifestarono guasti ed accidenti gravi che minacciarono l'esistenza dell'edificio. La città intentò un'azione contro gli architetti e gli intraprenditori. Ebbero luogo due perizie, le quali constatarono che la causa di tutti gli accidenti dipendeva dalla cattiva qualità del legname. Non vi era alcun dubbio sulla responsabilità dell'intraprenditore. Egli fu condannato dal primo giudice e non ricorse in appello. Il tribunale dichiarò responsabili anche gli architetti, pel motivo ch'essi erano non solo autori dei progetti e dei contratti d'appalto, ma avevano anche condotto e diretto i lavori. L'impiego di cattivi materiali costituendo una colpa grave, gli architetti ne dovevano rispondere, tanto più ch'essi medesimi avevano regolato, fin nei minimi dettagli, le qualità che il legname doveva avere. Invano essi dicevano che i difetti del legname adoperato erano occulti; essi avevano vietato nel capitolato l'uso del legname verde, e quindi dovevano avere un mezzo di riconoscerlo. In appello, la decisione fu riformata. La Corte di Parigi riconosce, in massima, la responsabilità degli architetti, il che tronca la questione di diritto, ma, in fatto, essa decide che gli architetti non possono essere responsabili della qualità difettosa del legname, se non quando sia provato ch'essi hanno accettato legnami non corrispondenti alle condizioni volute, o quando il difetto del legname sia stato apparente e riconoscibile. Ora, i legnami adoperati erano legni di quercia tagliati da due anni. Quanto alla causa della deteriorazione del legname, essa non aveva potuto essere determinata con certezza. Era soltanto provato che questa causa aveva agito dal centro alla superficie, di modo che il legname presentava tutte le apparenze d'un legname conveniente. La Corte conchiude che la città non provava sufficientemente la colpa degli architetti, e quindi questi non potevano essere responsabili. Sul ricorso intervenne una sentenza di rigetto la quale decise che l'art. 1792 non era applicabile alla specie, perchè gli architetti non si erano obbligati a costrurre la chiesa. La sentenza decide implicitamente che gli architetti non sono responsabili quando si limitano a fare i progetti, a stendere i contratti d'appalto ed a dirigere i lavori. La sentenza non va forse troppo oltre? Ne risulterebbe che gli architetti non sono responsabili se non quando sono al tempo stesso intraprenditori, mentre l'art. 1792 dice che l'architetto *e* l'intraprenditore sono

responsabili. L'architetto è dunque responsabile come tale. Ora, nella sua qualità d'architetto egli non ha altro mandato che di stendere i piani ed i contratti. Se, oltre a ciò, egli è incaricato di dirigere la costruzione ed i lavori, deve rispondere della sua colpa. Resta un'obbiezione. L'art. 1792 suppone che l'edificio sia costrutto a *prezzo fatto*, e nella specie, gli architetti non avevano contrattato a prezzo fatto (1). Ritorneremo su questo punto.

40. Una sentenza più recente della Corte di cassazione fa la distinzione alla quale la Corte non si è fermata nella sentenza che abbiamo riportato. Nella specie, l'architetto era stato incaricato di fare il progetto dei lavori e di verificarli una volta terminati. Fu contestato che le costruzioni erano difettose, che vi erano molteplici e dannosi difetti. Il proprietario agì contro l'architetto e contro l'intraprenditore. Questi fu condannato ai danni ed interessi. Quanto all'architetto, i primi giudici decisero ch'egli non era responsabile della negligenza o dell'incapacità dell'intraprenditore nell'esecuzione dei lavori. Sul ricorso, la Corte mantenne la sentenza impugnata, insistendo sul fatto che l'architetto non era stato menomamente incaricato di sorvegliare i lavori a misura della loro esecuzione, ma che doveva soltanto verificarli dopo che fossero terminati (2).

41. È stato giudicato che l'architetto è responsabile quantunque non abbia contrattato *à forfait* per l'esecuzione dei lavori. Basta ch'egli abbia fatto i progetti e diretto i lavori. Se fosse altrimenti, dice la Corte di Bordeaux, non si comprenderebbe come l'art. 1792 avrebbe parlato dell'architetto, perchè, se questi tratta *à forfait* per l'esecuzione dei lavori, si confonde necessariamente coll'intraprenditore. Questo ci pare giusto. Però il testo dell'art. 1792 lascia un dubbio che, a nostro avviso, è tolto dall'art. 2270, col quale deve essere combinato. Se citiamo la sentenza, è per mostrare quanto la giurisprudenza sia incerta. La Corte di Bordeaux, che si è appropriata i motivi della prima sentenza, pone il principio che la responsabilità dell'architetto non è limitata al caso specialmente previsto dall'art. 1792, ch'essa si estende, secondo il diritto comune, a tutti i fatti dannosi che sono, da parte dell'architetto, il risultato d'una colpa contro i principii essenziali dell'arte sua e le regole ch'egli deve conoscere, che, specialmente, gli architetti sono responsabili dell'inosservanza delle leggi sull'edilizia e il vicinato (3). Si vede come la Corte confonde la responsabilità dell'articolo 1382, ch'essa non cita nemmeno, colla responsabilità convenzionale dell'art. 1792, per farne una regola generale appli-

(1) Rigetto, 12 novembre 1844 (DALLOZ, 1845, 1, 8).

(2) Rigetto, 5 febbraio 1872 (DALLOZ, 1872, 1. 246). Cfr. rigetto, 18 dicembre 1839 (DALLOZ, v. *Contrat de louage*, § 142).

(3) Bordeaux, 21 aprile 1864 (DALLOZ, 1865, 2, 39).

cabile a tutti i casi di colpa. La confusione è completa, il che prova quanto importi mantenere la distinzione tra la colpa convenzionale e il fatto dannoso che la legge chiama delitto o quasi-delitto.

42. L'intraprenditore risponde dei vizii del progetto? Per principio, no, dice la Corte di Dijon. Il progetto è opera dell'architetto, e quindi questi ne è responsabile. Nella specie, l'architetto si era obbligato, dietro un determinato prezzo, a fare contratti d'appalto, a stendere progetti, a condurre e dirigere i lavori. Si era dunque nel testo dell'art. 1792, perchè, se il testo della legge non si applicasse a questa ipotesi, non sarebbe mai applicabile all'architetto che concorre con un intraprenditore. Vi ha però un caso, dice la Corte di Dijon, nel quale l'intraprenditore risponde dei vizii del progetto, quando cioè il progetto offre vizii apparenti contrarii alle regole dell'arte, che un operaio si ritiene non debba ignorare (1). Questa decisione rientra nella nostra opinione (n. 38), perchè per vizii *apparenti* la Corte non intende i vizii che colpiscono qualunque persona. Si tratta d'un lavoro professionale, al quale gli intraprenditori prendono parte. Essi devono conoscere le regole dell'arte secondo le quali l'architetto ha fatto il suo progetto, e ch'essi sono incaricati d'eseguire secondo queste stesse regole.

43. Quando l'intraprenditore e l'architetto sono entrambi responsabili, come saranno ripartiti fra loro i danni ed interessi? Una sentenza del Tribunale della Senna, che la Corte di Parigi ha confermato adottando i motivi del primo giudice, ha posto in questa questione i veri principii. Gli architetti e gli intraprenditori avendo ciascuno il loro mandato, la responsabilità deve pesare su ciascuno in quanto lo riguarda, donde segue che gli architetti incaricati di stendere i progetti e di sorvegliare l'esecuzione dei lavori sono responsabili di questi progetti e della loro buona esecuzione. Quanto agli intraprenditori, quando un architetto dirige i lavori, essi sono subordinati ai suoi ordini, e, quindi, non rispondono che dell'esecuzione dei lavori che sono loro ordinati. Essi non devono esaminare (in generale almeno, n. 42) se i progetti sono conformi alle regole dell'arte, poichè questi progetti sono stesi da una persona dell'arte, che si presume abbia le cognizioni necessarie per dirigere le costruzioni ed alla quale essi devono obbedire. Nella specie, la perizia constatava che la causa della cattiva costruzione doveva essere attribuita ai vizii della muratura, specialmente perchè gli angoli non erano stati costrutti in pietra di taglio e il costruttore non aveva messo chiavi di ferro. La Corte decise che l'intraprenditore non era responsabile che della muratura propriamente detta, che, se non aveva adoperato pietre di taglio per gli angoli, la colpa era

(1) Dijon, 10 gennaio 1816 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 159, 1.°).

dell'architetto, di cui l'intraprenditore era tenuto ad eseguire gli ordini quanto ai materiali da impiegarsi. A maggior ragione non rispondeva della mancanza di chiavi di ferro, sempre per lo stesso motivo. Ne risultava che la maggior parte della responsabilità ricadeva sull'architetto. Egli rispondeva anzi, in parte, della cattiva esecuzione della muratura, poichè era incaricato di sorvegliare i lavori. Conseguentemente, la sentenza condannò l'architetto ai due terzi e l'intraprenditore a un terzo dei danni ed interessi dovuti al proprietario (1).

In materia di lavori pubblici, l'architetto concorre di regola cogli intraprenditori. Questi si rendono aggiudicatarii dei lavori in base ad un progetto steso dall'architetto, approvato dall'amministrazione, e di cui l'architetto è ordinariamente incaricato di sorvegliare l'esecuzione. In questo caso, l'architetto e l'intraprenditore sono responsabili. La responsabilità si ripartisce fra di loro, secondo le regole che abbiamo esposte. La giurisprudenza dei tribunali amministrativi, competenti in questa materia, secondo la legislazione francese, è, in generale, conforme alla giurisprudenza dei tribunali civili. Rimandiamo ai decreti del Consiglio di Stato, essendo questi dettagli estranei al nostro lavoro (2).

N. 3. — A quali opere si applica la responsabilità dell'architetto in forza dell'art. 1792.

44. L'articolo 1792 dispone: « Se l'*edifizio costrutto* a prezzo fatto perisce in tutto o in parte ». Se si ammette con Aubry e Rau, che la legge stabilisce una presunzione legale di colpa, bisogna conchiuderne ch'essa non è applicabile che alla costruzione d'un edificio, perchè le presunzioni legali non si estendono, donde segue che l'art. 1792 non sarebbe riferibile a lavori che non potessero assimilarsi alla costruzione di un edificio, come un canale od una diga (3). Su questo punto la giurisprudenza s'allontana completamente dall'interpretazione che gli editori di Zachariae danno alla legge, il che prova come essi abbiano torto d'invocare la giurisprudenza in appoggio alla loro dottrina. La Corte di cassazione completa l'art. 1792 coll'art. 2270, e decide che gli architetti ed imprenditori sono responsabili per dieci anni dei vizi di costruzione che hanno cagionato la rovina totale o parziale delle opere da loro eseguite; che questa garanzia ha luogo per tutte le grandi operazioni (è l'espressione dell'ar-

---

(1) Parigi, 17 novembre 1849 (DALLOZ, 1850, 2, 206).
(2) Decreto del 7 luglio 1853 (DALLOZ, 1854, 3, 9), del 9 marzo ed 11 maggio 1854 (DALLOZ, 1854, 3, 61).
(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 530, § 374. In senso contrario, COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 357, n. 245 *bis* II.

ticolo 2270), senza che si possa distinguere fra le costruzioni di case od edifici analoghi e le costruzioni di natura diversa (1). Questa interpretazione è molto inconseguente se si ammette, colla Corte suprema, che gli articoli 1792 e 2270 sono soggetti a principii diversi e che l'art. 1792 stabilisce una presunzione di colpa. La Corte estende una presunzione legale, il che non è mai permesso all'interprete, e l'estende ad un caso che è retto da un principio contrario in quanto concerne la prova. Ciò è supremamente illogico. Anche l'interpretazione degli Aubry e Rau è inammissibile per principio, come diremo più avanti. Noi pure ci atteniamo al testo della legge, ma, a nostro avviso, esso non ha altro scopo che di regolare la durata della garanzia, e, sotto questo rapporto, gli articoli 1792 e 2270 sono completamente identici, poichè limitano entrambi la garanzia a dieci anni.

La giurisprudenza delle Corti d'appello è nel senso della nostra opinione. In un caso in cui si trattava della costruzione di un pozzo si pretendeva che l'art. 1792 fosse inapplicabile. La Corte di Dijon risponde che le disposizioni dell'art. 1792 non devono essere isolate da quelle dell'art. 2270. Essa pone il principio che la responsabilità degli intraprenditori di costruzioni non s'estende soltanto a quelle alle quali si può dare la qualifica d'*edifici*, ma anche a quelle che possono essere considerate come *grandi operazioni*. Ora un pozzo è precisamente una grande operazione, formante un tutto completo, e pel quale occorrono cognizioni speciali e condizioni di solidità, le quali non possono essere riconosciute che dopo un tempo più o meno lungo (2). La Corte ha ragione d'invocare lo spirito della legge. Esso è incompatibile, come diremo più avanti, coll'interpretazione che gli editori di Zachariae danno all'art. 2270.

Vi hanno sentenze le quali vanno più avanti, e confondono in una stessa regola ipotesi essenzialmenle diverse, la responsabilità convenzionale degli articoli 2270 e 1792 e la responsabilità che nasce da un delitto o da un quasi-delitto (3). Noi abbiamo già rilevato questo errore. È certo che l'art. 1382 non tiene alcun conto della natura dei lavori che costituiscono un fatto dannoso. Sotto questo rapporto esso è più esteso ancora dell'art. 2270, il quale non parla che delle grandi operazioni, ma ciò non autorizza l'interprete a confondere responsabilità essenzialmente differenti e rette da principii diversi. L'art. 1382 non ha nulla di comune colla durata della garanzia nè colla presa in consegna delle opere. Così pure non vi ha alcun limite alla re-

---

(1) Cassazione, 19 maggio 1851 (DALLOZ, 1851, 1, 138).

(2) Dijon, 13 maggio 1862 (DALLOZ, 1862, 2, 138). La giurisprudenza amministrativa è conforme. Vedi due decreti del Consiglio di Stato del 2 luglio 1855 (DALLOZ, 1856, 3, 6).

(3) Bordeaux, 21 aprile 1864 (DALLOZ, 1865, 2, 39).

sponsabilità ch'esso stabilisce, salvo quella del diritto comune, che limita a trent'anni la durata di ogni azione.

45. L'articolo 1792 pare restrittivo, anche sotto un altro rapporto. Esso suppone che l'edificio sia stato costrutto a prezzo fatto, il che pare escluda le costruzioni che non sono fatte per un prezzo unico convenuto anticipatamente. Aubry e Rau, conseguenti al loro principio, dicono che la disposizione dell'art. 1792 è estranea alle costruzioni intraprese mediante un prezzo da determinarsi in base ad un contratto d'appalto. Partendo dal principio che l'art. 1792 stabilisce una presunzione legale di colpa, essi lo spiegano coll'interesse che ha l'architetto, il quale si è incaricato *à forfait* di una costruzione, di restringerne le spese il più possibile, per aumentare il suo beneficio, mentre questo interesse non esiste più quando il prezzo deve essere determinato in base ad un contratto d'appalto; donde essi conchiudono che la presunzione di colpa non ha più ragione di essere nei casi in cui non vi ha *forfait* (1). Non è così che la disposizione dell'art. 1792 fu spiegata in seno al Consiglio di Stato. Se la garanzia dura dieci anni, ciò avviene perchè è difficile, per non dire impossibile, al proprietario verificare le opere al momento in cui sono terminate, i vizi di costruzione non manifestandosi che dopo un tempo più o meno lungo. Che cosa ha di comune il *prezzo fatto* colla legge così interpretata da coloro che l'hanno preparata? Sarà forse più facile al proprietario scoprire i vizi della costruzione perchè paga i lavori in base ad un contratto d'appalto? La questione non ha senso. Si obbietterà che il testo è formale e che una legge la quale estende la garanzia dopo che le opere sono prese in consegna è di stretta interpretazione. Noi ammetteremmo l'obbiezione se l'art. 1792 non fosse completato dall'art. 2270. Quest'ultima disposizione, che stabilisce la stessa durata per la garanzia di ogni grande operazione, permette d'applicare la legge, senza distinguere fra le operazioni a prezzo fatto e le operazioni che vengono pagate in base ad appalti. La distinzione è talmente all'infuori dei motivi che spiegano l'art. 1792 che si stenta a comprendere perchè le parole *a prezzo fatto* siano state inserite nel testo del codice. Forse è la classificazione della legge che ha provocato questa espressione. L'art. 1792, posto nella sezione degli *appalti e dei cottimi*, sembrava per ciò stesso limitato ai contratti *a prezzo fatto*, mentre l'art. 2270, posto nel titolo della *prescrizione*, è concepito in termini generali, che escludono ogni distinzione (2).

La giurisprudenza sembra ammettere l'interpretazione restrittiva della legge. È detto in una sentenza della Corte di cassazione che l'art. 1792, il quale rende gli architetti responsabili, per dieci anni, degli edifici che hanno costrutto, non si riferisce

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 530, nota 20, § 374.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 357, n. 245 *bis* III.

che alle costruzioni *a prezzo fatto*. Ne consegue, dice la sentenza, che quando un edificio non è stato costrutto a prezzo fatto, questo articolo è inapplicabile (1). La Corte non menziona l'art. 2270. In una sentenza posteriore essa respinge la distinzione che sembra risultare dall'art. 1792, invocando l'articolo 2270, a termini del quale l'architetto non è sciolto che in capo a dieci anni dalla garanzia delle grandi operazioni che ha fatte o dirette. La Corte osserva che, a differenza dell'art. 1792, l'art. 2270 non limita la responsabilità dell'architetto al caso in cui l'edificio non fosse stato costrutto a prezzo fatto. Essa ne conchiude che colui che intraprende una costruzione per un prezzo proporzionato all'importanza ed alla natura dei lavori, deve rispondere, per dieci anni, della perdita dell'edificio sopravvenuta per vizio del suolo, come ne risponderebbe l'imprenditore a prezzo fatto (2). Non si viene a dire in tal modo implicitamente che l'art. 2270 estende la disposizione troppo ristretta dell'articolo 1792?

Una sentenza più recente sembra consacrare una diversa interpretazione. Nella specie, si trattava della costruzione di un albergo, ma, dice la Corte, non è in alcun modo stabilito che gli architetti intrapenditori si siano incaricati di costruire *a prezzo fatto*, e ne conchiude che, non essendo applicabili alla causa nè l'art. 1792, nè l'art. 2270, le parti restavano soggette al diritto comune dell'art. 1382 (3). Questa sentenza confonde ogni cosa. Lasciamo da parte l'art. 1792, di cui la Corte avrebbe potuto invocare i termini restrittivi. Ma l'art. 2270 restringe la durata della garanzia al caso in cui le grandi operazioni sono costrutte a prezzo fatto? In quell'articolo non si parla nè di prezzo fatto, nè di cottimo. Che dire della disposizione della sentenza che considera l'art. 1382 come il diritto comune in questa materia? Una disposizione la quale non riguarda che i delitti e i quasi-delitti, vale a dire i casi in cui non vi ha alcuna convenzione (art. 1370), costituirebbe il diritto comune quando si tratta di una responsabilità essenzialmente convenzionale, come è quella dell'architetto?

La sentenza più recente, sempre della sezione delle richieste, torna ai termini restrittivi dell'art. 1792, e decide che la legge non è applicabile quando non si tratta di una costruzione a prezzo fatto. La Corte non dice più nulla, nè dell'art. 2270, nè dell'art. 1382 (4). Sarebbe difficilissimo, dopo ciò, dire qual sia la dottrina della Corte suprema. Che l'art. 1792 non sia applicabile che alle costruzioni a prezzo fatto, l'ammettiamo, ma ciò non elimina la difficoltà. Resta sempre l'art. 2270. Non ha esso

---

(1) Rigetto, 12 novembre 1844 (DALLOZ, 1845, 1, 8).
(2) Rigetto, 12 febbraio 1850 (DALLOZ, 1850, 1, 311).
(3) Rigetto, 1.° dicembre 1868 (DALLOZ, 1872, 1, 65).
(4) Rigetto, 26 novembre 1873 (DALLOZ, 1875, 1, 20).

per oggetto di completare e di estendere l'art. 1792? E se nessuno dei due articoli è applicabile, si può ricorrere all'art. 1382? Quest'ultima interpretazione dev'essere respinta, senza alcun dubbio, come un errore. Rimane l'opinione che noi abbiamo adottata colla maggior parte degli autori. Bisogna combinare l'articolo 2270 coll'art. 1792. Diremo più avanti che tale è indiscutibilmente lo spirito della legge.

46. L'art. 1792 ha dato luogo anche ad un'altra difficoltà che, a dire il vero, non è tale. Si domanda se questa disposizione sia applicabile ai vizi di costruzione da cui trovasi affetta una parte della cosa. Nel caso giudicato dalla Corte di cassazione si trattava della costruzione *à forfait* di un'officina che funzionava per mezzo d'una macchina idraulica. Il proprietario si lagnava di un vizio che colpiva specialmente l'apparecchio idraulico. Poteva egli invocare l'art. 1792? La Corte di Rouen decise, e giustamente, che l'art. 1792 era applicabile, fondandosi sull'indivisibilità dell'obbligazione contratta dall'architetto. Fu prodotto ricorso in cassazione per falsa applicazione degli articoli 1792 e 2270. Queste disposizioni, diceva il ricorso, non parlano che della costruzione dell'edificio e delle grandi operazioni di costruzione; esse non accennano alle macchine, e quindi si violano coll'estenderle ad un caso non previsto dal testo. Ci pare che fosse inutile invocare l'indivisibilità per rendere l'architetto responsabile. L'intraprenditore era un ingegnere idraulico, e il proprietario l'aveva scelto precisamente per le sue cognizioni speciali. Il contratto aveva per oggetto, non un edifizio ordinario, ma un'officina idraulica. Ora, può darsi un'officina idraulica senza apparecchio idraulico? Il buon senso dice che no, e il buon senso ha ragione. La Corte respinse il ricorso (1).

§ III. — *Della responsabilità dell'art. 2270.*

47. Secondo l'opinione generale, l'art. 2270 non forma che una cosa sola coll'art. 1792. Entrambe queste disposizioni stabiliscono un termine di dieci anni per la garanzia cui è tenuto l'architetto e l'intraprenditore. Aubry e Rau insegnano, al contrario, che l'art. 2270 prevede un'altra ipotesi, la quale, a loro dire, è retta da un principio diverso. La differenza essenziale consisterebbe in ciò, che l'art. 1792 stabilisce una presunzione legale di colpa a carico dell'architetto, il che dispensa il proprietario dalla prova, mentre l'art. 2270 non stabilisce alcuna presunzione, donde segue che il proprietario che agisce per il titolo della responsabilità è tenuto a provare la colpa, che è il fondamento della sua domanda pei danni ed interessi. Noi abbiamo respinto

(1) Rigetto, 10 maggio 1869 (DALLOZ, 1871, 1, 107).

il principio che serve di punto di partenza a questa interpretazione. Non trattasi d'una presunzione di colpa nè nell'articolo 1792, nè nell'art. 2270. I due articoli hanno un solo e medesimo oggetto, di determinare, cioè, il tempo pel quale l'architetto risponde dei vizi della costruzione e del suolo, dopo che i lavori sono stati verificati e ricevuti in consegna. L'identità del termine implica l'identità delle due disposizioni. Respingendo il principio degli editori di Zachariae, dobbiamo respingere anche le conseguenze ch'essi ne deducono. È d'uopo che vi ci soffermiamo alquanto, perchè le conseguenze attestano contro il principio dal quale derivano. Aubry e Rau citano un gran numero di sentenze nelle note che accompagnano il testo. Ma queste sentenze militano in appoggio della loro dottrina? È certo che la giurisprudenza ignora le distinzioni degli editori di Zachariae; per meglio dire, essa parte da un principio totalmente contrario, il principio dell'identità degli articoli 1792 e 2270, non avendo l'ultimo altro oggetto che di completare il primo. È quello che cercheremo di dimostrare.

48. L'articolo 1792 rende l'architetto responsabile della perdita d'un *edifizio* costrutto a prezzo fatto, quando la perdita avviene per un vizio della costruzione o del suolo. Secondo l'art. 2270, l'architetto è garante delle *grandi operazioni* che ha fatte o dirette. Questa espressione *grandi operazioni* è più estesa che l'altra: costruzione d'un *edifizio*. Se ne deve conchiudere che si tratta d'una responsabilità diversa, ovvero l'art. 2270 non fa che sviluppare e completare l'art. 1792? Vi ha su questa questione un'eccellente sentenza della Corte di Amiens. Che cosa s'intende per grandi operazioni? L'art. 2270 usa questa espressione nello stesso senso nel quale adopera la frase *riparazioni straordinarie* in altre disposizioni della legge e le parole *grande opera* nell'arte del fabbricare. Sono le operazioni che costituiscono la struttura stessa dell'edificio, o le sue parti maestre. Le *grandi operazioni* dell'art. 2270 rientrano per conseguenza nei lavori di costruzione dell'art. 1792, sono un solo e medesimo lavoro, salvo che l'art. 1792 si riferisce alla costruzione totale dell'edifizio, mentre l'art. 2270 comprende lavori parziali. Giacchè la natura del lavoro resta uguale, il principio dev'essere identico. Di che si tratta? Di sapere se i lavori sono di tal natura che il proprietario non possa verificarli all'atto della presa in consegna, nel senso che gli sia difficile o impossibile constatarne i vizi. Ora, è evidentissimo che questa difficoltà o questa impossibilità sono le stesse, sia che i lavori siano personali, sia che abbraccino tutto l'edificio. In tutti i casi, sono operazioni che devono assicurare la solidità della costruzione. Il proprietario non può convincersi di questa solidità se i lavori non si conservano per un certo tempo che la legge stabilisce in dieci anni. Ne consegue che gli articoli 1792 e 2270 prevedono la stessa specie di lavori, e sarebbe strano, inesplicabile, che per lavori identici la legge determinasse principii diversi. Se

i lavori non sono nè costruzioni, nè grandi operazioni, gli articoli 1792 e 2270 non sono applicabili. Questi lavori rimangono sotto l'impero del diritto comune, ossia, potendo i vizi dei medesimi verificarsi all'atto della presa in consegna, non vi ha luogo a prolungare la durata della garanzia (1).

Aubry e Rau citano un gran numero di sentenze, senza dubbio in appoggio della loro dottrina. Vediamo a che cosa servono queste citazioni in massa che sembrano costituire un'autorità irrefragabile. Un architetto o intraprenditore s'incarica di costruire un pozzo. Nel pozzo non tardano, sono le parole della sentenza, a manifestarsi degli scoscendimenti. Di qui azione contro il costruttore per la sua responsabilità, affinchè sia condannato a riparare lo scoscendimento. L'architetto oppone che gli articoli 1792 e 2270 non gli sono applicabili, perchè non si tratta, nella specie, nè della costruzione di un edifizio, nè d'una grande operazione. Che cosa risponde la Corte? Essa adotta puramente e semplicemente i motivi della sentenza che aveva applicato l'art. 1792 (2). Così nè la Corte, nè il Tribunale non menzionarono nemmeno l'art. 2270. Eppure s'invoca la sentenza in una questione in cui si tratta della portata di questa disposizione!

Si cita anche una sentenza di Douai relativa a lavori di pavimentazione d'una strada vicinale. L'aggiudicatario opponeva, e non senza ragione, che queste operazioni non rientravano negli articoli 1792 e 2270. La Corte si limita a decidere che la costruzione d'una strada è una grande operazione nel senso generale e assoluto dell'art. 2270 (3). Che cosa ha mai di comune questa sentenza colla questione di sapere se l'articolo 2270 stabilisce una responsabilità particolare, o se non fa che estendere quello che l'art. 1792 impone all'intraprenditore?

Alcuni intraprenditori s'incaricano della costruzione d'un ponte. Un ponte non è certo un edificio. Tuttavia la Corte di cassazione decise che l'art. 1792 era applicabile. Del resto non una parola dell'art. 2270 (4). Si può invocare una sentenza che non cita l'art. 2270 in una questione che concerne il valore di questa disposizione?

Un intraprenditore si rende aggiudicatario delle opere necessarie per stabilire una presa d'acqua sopra un torrente. Il capitolato stipulava ch'egli doveva essere garante per un anno intiero. Allo spirare dell'anno, i lavori furono verificati, presi in consegna e approvati. Quando l'intraprenditore domandò il pagamento del prezzo, uno degli interessati obbiettò che dopo

(1) Amiens, 29 maggio 1871 (Dalloz, 1871, 2, 171).
(2) Parigi, 2 luglio 1828 (Dalloz, v. *Louage d'ouvrage*, n. 139, 1.°).
(3) Douai, 28 giugno 1837 (Dalloz, v. *Travaux publics*, n. 571).
(4) Rigetto, 11 marzo 1839 (Dalloz, v. *Louage d'ouvrage*, n. 127).

la verifica si erano manifestati dei vizi occulti, e che, per conseguenza, il ponte era minacciato di prossima rovina. I primi giudici esclusero la responsabilità dell'intraprenditore. Di qui ricorso per cassazione. La Corte annullò la sentenza di Grenoble avendo di mira gli articoli 1792 e 2270 (1). Nulla nella sentenza fa sospettare che la Corte stabilisca una differenza fra le due disposizioni, in forza della natura delle operazioni. Con qual diritto s'invoca questa sentenza in appoggio e nell'occasione appunto d'una discussione alla quale essa è completamente estranea?

L'ultima sentenza che si cita è quella della Corte di Dijon, che abbiamo già riportata. Questa sentenza non appoggia certo la dottrina degli editori di Zachariae, perchè decide contrariamente a quanto essi insegnano, che l'art. 1792 non deve essere isolato dall'art. 2270 (2). A quale scopo citare una sentenza che, al pari di tutte le altre, non riguarda l'oggetto della questione, e che, ponendo un principio contrario, decide implicitamente che non vi ha alcuna differenza fra l'art. 2270 e l'art. 1792? Siamo obbligati ad occuparci di questi dettagli perchè il lettore ci perdoni i lunghi svolgimenti nei quali ci addentriamo. Solo a tal condizione l'esame della giurisprudenza può essere giovevole. Citare sentenze senza discuterle non vale che ad indurre i lettori in errore.

49. L'articolo 1792 suppone che l'architetto costruisca un edificio. È esso applicabile a colui che fa i progetti e dirige i lavori? Aubry e Rau insegnano che, secondo l'art. 2270, più esteso dell'art. 1792, l'architetto, il quale, senza incaricarsi della costruzione, ne ha steso il progetto e ne ha diretto e preso in consegna i lavori, è responsabile del danno che, per negligenza o per imperizia, ha prodotto nell'adempimento dell'affidatogli mandato (3). L'art. 2270 contiene, infatti, le parole *diretti*, mentre l'art. 1792 parla dell'*edificio costrutto*. Questa differenza di dicitura implica una diversa responsabilità? Si potrebbe sostenere, senza far violenza al testo, che l'art. 1792 ha, sotto questo rapporto, la stessa portata dell'art. 2270. Esso rende responsabile l'*architetto* e l'*intraprenditore*. Ora, quando si ha ad un tempo un intraprenditore ed un architetto, è sottinteso che ciascuno risponde della sua parte nell'opera, e quindi l'architetto risponderà dei suoi progetti e della sua sorveglianza, se ne ha l'incarico. È questo il suo mandato nel lavoro di costruzione, e quindi si può dire ch'egli costruisce per ciò solo che fa il progetto e ne sorveglia l'esecuzione. Del resto, poco importa che la *direzione* sia o non sia prevista dall'articolo 1792. Si tratta di sapere, come si pretende, se la *direzione* è retta da un principio diverso da quello dell'esecuzione. A no-

---

(1) Cassazione, 19 maggio 1851 (Dalloz, 1851, 1, 138).
(2) Dijon, 13 maggio 1862 (Dalloz, 1862, 2, 138).
(3) Aubry e Rau, t. IV, p. 531, nota 22, § 374.

stro avviso, la questione non ha senso. La direzione e l'esecuzione costituiscono una sola opera. Può concepirsi che una parte dell'opera, la direzione, sia retta da un principio diverso da quello che governa l'esecuzione? Il testo respinge questa distinzione. Esso stabilisce un termine eguale tanto per la garanzia della direzione, quanto per quella dell'esecuzione, e il termine è quello dell'art. 1792. Dunque le disposizioni della legge sono identiche, e, per conseguenza, non vi ha che un solo principio, perchè l'oggetto dei due articoli è precisamente la durata della garanzia. L'oggetto è dunque lo stesso e la decisione identica e quindi si tratta d'un solo e medesimo principio.

Secondo l'opinione degli editori di Zachariae, al contrario, la direzione dei lavori, non prevista dall'art. 1792, cadrebbe sotto l'applicazione dell'art. 2270, e sarebbe retta, per conseguenza, da un principio diverso. Essi citano una sentenza della Corte di Pau (1). Leggendola noi ci domandiamo invano qual sia lo scopo di questa citazione. Non può essere quello di appoggiarvi la loro dottrina, perchè la sentenza non cita nè l'art. 1792, nè l'art. 2270, ma si fonda sull'art. 1382. Che la decisione della Corte sia o non sia giusta, poco importa alla nostra questione: essa vi è estranea pel motivo buono o cattivo sul quale è fondata, e quindi bisogna scartarla. Non esamineremo le altre sentenze che si citano, perchè questa discussione diviene monotona e noiosa. La scienza delle sentenze è una scienza più che sterile quando s'invoca la giurisprudenza facendo dire alle Corti cose diverse da quelle che decidono. È già molto arrischiato invocare una decisione quando riguarda la questione che forma l'oggetto del nuovo litigio, perchè raramente le circostanze della causa sono identiche. Che sarà poi se si forza il significato delle sentenze? Si trasformano in autorità decisioni che sovente attestano contro colui che le invoca.

50. Nelle diverse ipotesi che abbiamo percorse, l'architetto è responsabile in forza dell'art. 2270; non lo è, secondo l'opinione che combattiamo, in forza dell'art. 1792. Così è pure quando il lavoro si eseguisce senza che vi sia un contratto a *prezzo fatto*. Su questo punto gli editori di Zachariae confessano che la giurisprudenza è loro contraria (2). Restano dunque il testo e lo spirito della legge. Noi abbiamo riconosciuto che il testo dell'art. 1792 sembra restringere la disposizione della legge alle costruzioni a *prezzo fatto*. Secondo la nostra opinione ciò è indifferente, poichè noi ammettiamo che gli articoli 1792 e 2270 stabiliscono un identico principio. Nell'opinione con-

---

(1) Pau, 13 marzo 1845 (DALLOZ, 1845, 2, 124).

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 531, nota 24, § 374. Una recente sentenza del 26 novembre 1873 si è pronunciata in favore dell'opinione d'AUBRY e RAU, senz'altro motivo che il testo dell'art. 1792 (DALLOZ. 1875, 1, 20).

traria, si insegna che vi ha differenza di principii. Bisogna dunque giustificare queste differenze fra lavori a prezzo fatto e lavori appaltati, senza che sia fissato anticipatamente un prezzo per tutta l'opera. Invano cercheremmo la ragione della differenza. Al Consiglio di Stato non si è dato altro motivo della durata stabilita dalla legge per la responsabilità dell'architetto che la difficoltà d'apprezzare i vizi dei lavori quando sono ricevuti in consegna. Sotto questo rapporto, non vi ha certo alcuna diversità fra una costruzione a *prezzo fatto* ed una costruzione in base ad *appalto*. Secondo l'opinione contraria, si dice che l'architetto si presume in colpa nel caso del contratto *à forfait* e che non è presunto in colpa quando non vi ha *forfait*. E la ragione? Quella che si adduce è congetturale come tutta la teoria. L'architétto non ha interesse a lavorar male, si dice, quando lavora per appalto, poichè vien pagato secondo il suo lavoro. La congettura è molto male immaginata. In che consiste la colpa dell'architetto? Nell'imperizia o nella negligenza. Ma l'ignoranza aumenta forse o diminuisce secondo che l'architetto lavora *à forfait* o per appalto? Sarà egli meno negligente in un caso che nell'altro? Anche la negligenza dipende da un difetto della mente. Questo difetto è innato o abitudinario. Ma i difetti innati o le cattive abitudini cambiano forse secondo che l'architetto ha contrattato *à forfait* o per appalto? Ciò non è serio.

50 *bis*. Veniamo alla questione più importante di questa controversia. Le differenze che si notano fra gli articoli 1792 e 2270 non hanno importanza pratica se non in quanto il principio dell'art. 2270 differisce dal principio dell'art. 1792. Secondo Aubry e Rau, vi sarebbe una differenza capitale. Nel caso previsto dall'art. 2270, spetta al proprietario che domanda danni ed interessi contro l'architetto a provare l'esistenza della colpa che gli rimprovera, mentre l'art. 1792 stabilisce una presunzione legale di colpa a carico dell'architetto, e questa presunzione dispensa l'attore dal provare il fondamento della sua domanda. Noi abbiamo già combattuto questa pretesa differenza (n. 31), e vi ritorneremo ancora. Pel momento domandiamo se la differenza che si dice esistere fra l'art. 1792 e l'art. 2270 sia razionale. L'architetto è responsabile del suo progetto e della propria direzione, caso previsto dall'art. 2270, e la legge, si dice, non presume ch'egli sia in colpa. L'architetto è responsabile dell'esecuzione dei lavori, caso previsto dall'art. 1792, e la legge presume, si dice, che è in colpa. Perchè presume essa la colpa in quest'ultimo caso, e non la presume nel primo? Non si dà alcuna risposta a questa domanda. In realtà non potrebbe esservi una ragione giuridica d'una differenza che non è giuridica. La condizione dell'architetto è identica in entrambe le ipotesi; egli promette la stessa scienza, la stessa diligenza. Se vi fosse una differenza da fare, trattandosi dell'architetto, bisognerebbe dire ch'egli promette maggiore scienza e diligenza quando si tratta di fare un progetto che quando eseguisce le opere, perchè, fa-

cendo il progetto, egli lavora come un artista, mentre non è che un pratico quando eseguisce i lavori. La legge potrebbe dunque piuttosto presumere la colpa nel primo caso che nel secondo, perchè una presunzione è una probabilità, e la probabilità maggiore è certamente che l'architetto sia in colpa dal momento che manca alle condizioni dell'arte sua, di modo che bisognerebbe invertire, in questo caso, la pretesa presunzione. A dire il vero, non si tratta, di presunzione nè nell'art. 1792 nè nell'art. 2270. Che cosa dice l'art. 1792? L'architetto risponde della perdita durante il corso di dieci anni se l'edificio perisce per un vizio della costruzione o del suolo. Nè il testo, nè lo spirito della legge implicano una presunzione. Che cosa dice l'art. 2270? L'architetto è garante delle grandi operazioni che fa o dirige. L'articolo non parla di colpa, ma la parola *garanzia* implica l'esistenza di una colpa. Dunque, in altri termini, la legge dice in entrambe le disposizioni che l'architetto risponde della propria colpa. Questa colpa è identica, l'imperizia o la negligenza. Perchè questa colpa sarebbe presunta in un caso e non nell'altro? Non vi ha risposta a tale domanda, e ciò non dimostra che la differenza è immaginaria?

Citeremo un esempio nel quale, per confessione di Aubry e Rau, la causa di responsabilità è identica. L'architetto, a termini dell'art. 1792, risponde dei vizi del suolo, e ne risponde anche nei casi previsti dall'art. 2270 (1). Nulla di più naturale. L'architetto è incaricato di stendere il progetto d'un edificio, e la sua prima cura dev'essere di studiare il terreno, per rinforzare la costruzione, se il terreno è cattivo. L'edificio viene a perire entro i dieci anni, e l'architetto è responsabile. La stessa responsabilità, fondata sulla medesima causa, pesa su lui quando si è incaricato della costruzione. Ecco dunque due ipotesi identiche, ma si vuole che nell'una, quella in cui l'architetto si è limitato a stendere il progetto, non sia presunto in colpa, mentre sarà presunto in colpa quando costruisce l'edificio. Può concepirsi diversa decisione in due casi identici? Una colpa identica ed un principio diverso sarebbero una anomalia inesplicabile. Se l'anomalia esistesse nella legge, bisognerebbe accettarla, ma nella specie sono gl'interpreti che l'hanno creata immaginando una presunzione legale che la legge ignora.

§ IV. — *Quando cessa la responsabilità dell'architetto.*

51. La responsabilità dell'architetto è fondata sopra una colpa. Questa colpa non interessa soltanto il proprietario, ma compromette l'esistenza dell' edificio e, per conseguenza, la sicurezza delle persone. In tal senso la responsabilità del-

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 532, nota 26, § 374.

l'architetto è d'interesse generale. Ne consegue che le parti contraenti non possono derogare alla responsabilità dell'architetto. Anzitutto nessuno può stipulare che non risponderà della propria colpa, essendo una simile convenzione contraria ai buoni costumi, e le parti contraenti non possono, colle loro convenzioni particolari, derogare alle leggi che sono d'interesse pubblico (art. 6). È in applicazione di questo principio che noi abbiamo deciso che l'architetto rimane responsabile dei vizi del suolo e dei materiali, anche quando costruisce sul suolo del proprietario e coi materiali che questo fornisce, e quantunque abbia avvertito il proprietario dei vizi che più tardi producono la caduta dell'edificio (1). Lo stesso principio s'applica ai difetti di costruzione. È stato giudicato che l'architetto non può declinare la responsabilità dei difetti di costruzione allegando la pressione che avrebbe esercitato su di lui il proprietario che si è valso dell'opera sua. La Corte di Parigi dice benissimo che l' architetto non deve assoggettarsi alle esigenze del proprietario; che è suo dovere resistervi e rifiutare anche l'affidatogli mandato, quando i piani che il proprietario vuole imporgli condurranno necessariamente ad una costruzione difettosa e quindi pericolosa (2). Incaricarsi d'una costruzione in base a progetti difettosi, e voler sciogliersi dalle responsabilità allegando questi difetti, è come, in realtà, stipulare che non si risponderà della propria colpa; è costrurre conoscendo i pericoli che risulteranno dalla costruzione per le persone e le cose. È una duplice causa di nullità generalmente ammessa. È di giurisprudenza, dice la Corte di Bordeaux, che l'architetto non sia sciolto dalle responsabilità delle proprie colpe dal consenso e nemmeno dagli ordini del proprietario (3).

52. Che dovrà dirsi se l'architetto o l'intraprenditore lavora sopra un progetto del padrone? Bisogna applicare per analogia i principii che regolano i rapporti dell'architetto e dell'intraprenditore. Quando il proprietario fornisce il progetto, sia che l'abbia steso egli medesimo, sia che l'abbia fatto stendere, si mette al posto dell'architetto e ne deve subire le conseguenze, nel senso che addossa alla propria responsabilità i difetti del progetto che impone al costruttore. Però chi eseguisce il progetto rimane responsabile della sua colpa, ed è in colpa quando s'incarica dell'esecuzione d'un progetto di cui, come persona dell'arte, conosce o deve conoscere i difetti. Vi sarebbe colpa, in questo caso, e da parte del proprietario e da parte dell'intraprenditore nel senso che la colpa dell'intraprenditore è diminuita quando lavora sopra un progetto che gli è imposto dal

(1) Vedi, più sopra, nn. 33 e 34.
(2) Parigi, 5 marzo 1863 (DALLOZ, 1863, 5, 239, n. 9).
(3) Bordeaux, 21 aprile 1864 (DALLOZ, 1865, 2, 39). Nello stesso senso, Lione, 6 giugno 1874 (DALLOZ, 1875, 2, 119).

proprietario, come la responsabilità si divide quando si ha ad un tempo un architetto che fa il progetto ed un intraprenditore che lo eseguisce. I tribunali possono tener conto di tali circostanze nel fissare i danni ed interessi, il cui ammontare dipende sempre dalla gravità della colpa. È questo il diritto comune.

La Corte di cassazione ha giudicato così in un caso in cui il proprietario era egli stesso architetto e costruttore, e aveva inoltre diretto i lavori. La Corte ne aveva conchiuso che l'intraprenditore aveva agito in tutto secondo la volontà del padrone, e l'aveva conseguentemente sciolto da ogni responsabilità. Sul ricorso, la Corte di cassazione pronunciò una sentenza di rigetto perchè la sentenza impugnata non decideva che un punto di fatto (1). È difficile criticare le decisioni di fatto, ma ci pare troppo esonerare l'intraprenditore da ogni responsabilità. Quand'anche lavori sotto gli ordini del padrone, il suo dovere è di non eseguire ordini e progetti che compromettono la solidità dell'edificio. È stato giudicato, conformemente a questi principii, che l'architetto rimane responsabile dei difetti di costruzione dell'edificio, benchè abbia costrutto sul progetto e in base alle indicazioni fornite dal proprietario (2).

Vi ha una sentenza della Corte di Parigi che sembra contraria a questa dottrina. Un proprietario affitta una casa ad un prestinaio, col permesso di farvi costrurre un forno. Il conduttore incaricò *à forfait* della costruzione un intraprenditore che s'occupava specialmente di questo genere di lavori. Costui trascurò d'osservare le distanze prescritte dall'art. 674, nell'interesse dei vicini. Ne risultarono danni, donde un'azione contro il proprietario della casa per la sua responsabilità ed un regresso contro l'intraprenditore. Per sciogliersi dalla responsabilità, l'intraprenditore sostenne che, se non erano state osservate le distanze legali, ciò era accaduto per ordine del prestinaio il quale non avrebbe altrimenti potuto dare al suo forno le dimensioni convenienti. Questa difesa fu ammessa dalla Corte di Parigi. Il relatore formula la decisione come segue: « Il costruttore cessa d'essere responsabile dei difetti della costruzione quando non ha fatto che conformarsi agli ordini dati con cognizione di causa dal proprietario » (3). Così formulata, la decisione sarebbe contraria ai principii consacrati dalla giurisprudenza. Bisogna anzitutto precisare l'oggetto della difficoltà. Non si trattava della responsabilità dell'art. 1792, perchè la questione non era fra il proprietario e l'intraprenditore. Non si lamentava un difetto di costruzione; la lite era impegnata fra il proprietario ed un vicino. Questi si trovava leso da una costruzione che costituiva

(1) Rigetto, 4 luglio 1838 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 145, 1.°).
(2) Bourges, 13 agosto 1841 (DALLOZ, *Louage d'ouvrage*, n. 143, 1.°).
(3) Parigi, 12 febbraio 1848 (DALLOZ, 1848, 2, 64).

a suo riguardo un quasi-delitto, e quindi agiva in forza dell'art. 1382. Contro chi doveva essere diretta la sua azione? Contro l'autore del fatto dannoso. E chi era, nella specie, l'autore del quasi-delitto? Il prestinaio che aveva fatto costrurre il forno, e non l'intraprenditore che l'aveva costrutto. Se il proprietario avesse ignorato i regolamenti sulla costruzione dei forni, l'intraprenditore avrebbe avuto colpa di non averlo prevenuto. Ma, nella specie, questa ignoranza non era nemmeno allegata. Il fatto dannoso era quindi imputabile al prestinaio, e giustamente tanto il primo giudice quanto la Corte d'appello prosciolsero l'intraprenditore da ogni responsabilità.

53. La presa in consegna delle opere da parte del proprietario scioglie l'intraprenditore dalla responsabilità? Per regola generale, no, perchè l'art. 1792 ha precisamente per oggetto di mantenere la responsabilità dell'architetto, quantunque le costruzioni siano state verificate e prese in consegna. La Corte di cassazione ha giudicato in questo senso, riproducendo i motivi esposti avanti al Consiglio di Statò da Bèrenger. Quale è l'oggetto della verifica e della presa in consegna dei lavori? Unicamente quello di constatare che i lavori sono stati fatti conformemente ai progetti od appalti, e, per conseguenza, che il credito dell'architetto è esigibile. Ma dal fatto che l'architetto può esigere il pagamento di ciò che gli è dovuto non si può conchiudere ch'egli sia prosciolto dalla responsabilità alla quale va soggetto pei difetti di costruzione. Infatti, i lavori, anche quando sono eseguiti conformemente al capitolato, possono racchiudere vizii occulti che si manifestano più tardi colla rovina totale o parziale dell'edificio. La verifica e la presa in consegna non potrebbero sanare questi vizii, perchè non si può rinunciare ad un diritto di cui si ignora l'esistenza. Il collaudo dei lavori di cui non si conoscono i vizii non implica dunque una rinuncia al diritto che il proprietario ha contro l'architetto pei difetti di costruzione (1).

54. Su questo punto non potrebbe esservi dubbio. È l'applicazione pura e semplice dell'articolo 1792, come fu interpretato al Consiglio di Stato. Ma questa stessa spiegazione, riprodotta dalla Corte suprema, solleva una seria difficoltà. La garanzia di dieci anni alla quale è soggetto l'architetto deroga al diritto comune. L'eccezione è fondata sul fatto che il proprietario non può conoscere i difetti d'una costruzione che presenta tutte le apparenze della solidità. Ma se i difetti fossero apparenti, per modo che colui che verifica e riceve in consegna i lavori ha dovuto conoscerli, non si versa più nel caso della disposizione eccezionale dell'art. 1792, e quindi si rientra nella regola

(1) Cassazione, 19 maggio 1851 (DALLOZ, 1851, 1, 138). Cfr. Aix, 18 gennaio 1841 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 146, 2.°), e decreto del 2 aprile 1851 (DALLOZ, 1852, 3, 1).

secondo la quale la presa in consegna dell'opera proscioglie l'operaio dalla responsabilità. Vi ha però un motivo di dubitare. i termini assoluti della legge. Essa dichiara l'architetto responsabile, durante il corso di dieci anni, per difetto di costruzione e per vizio del suolo, senza distinguere se il proprietario abbia o non abbia potuto conoscere questi vizii. Ora, sta il principio che l'interprete non può distinguere quando la legge non distingue. La distinzione condurrebbe, infatti, a limitare la responsabilità dell'architetto, che, secondo la legge, è illimitata. Vi ha una risposta all'obbiezione, e ci pare perentoria. Perchè la presa in consegna dell' opera scioglie l'opera da ogni responsabilità? Perchè il padrone riconosce che l'opera è senza difetti, o se pure un difetto esiste, e sia apparente, il padrone, ricevendo in consegna l'opera malgrado quello, rinuncia al diritto che gli spetta di rivalersene contro l'operaio. La presa in consegna implica dunque una rinuncia. Se, nel caso dell'art. 1792, la legge non ammette la rinuncia, è perchè il proprietario non può rinunciare ad un diritto che ignora, ma se lo conosce. è libero di rinunciarvi. La distinzione tra vizii apparenti e vizii occulti risulta dunque dai principii generali di diritto, e in questo caso, l'interprete può e deve distinguere, sebbene il testo non distingua. La disposizione medesima implica la necessità d'una distinzione.

Vi ha una sentenza della Corte di Gand in questo senso (1), ma essa solleva una nuova difficoltà. Come si fa la presa in consegna? La legge non lo dice, e quindi bisogna attenersi ai principii generali. Poichè la presa in consegna implica una rinuncia, bisogna che vi sia volontà di rinunciare, ossia consenso e conoscenza del vizio. Quest'ultima condizione è di fatto. Non basta che il proprietario abbia potuto conoscere il vizio; bisogna che l'abbia conosciuto, altrimenti la rinuncia non è possibile. Bisogna inoltre ch'egli abbia rinunciato nel prendere in consegna i lavori. Questa rinuncia può essere tacita? L'affermativa è certa, perchè di diritto comune. Quando vi sarà rinuncia tacita? È ancora una questione di fatto, poichè dipende dall'intenzione delle parti interessate. La Corte di Gand ha giudicato che la rinuncia tacita risultava anzitutto dalla presa di possesso dell'edificio, poscia dal pagamento del saldo fatto dal proprietario senza alcuna riserva dei suoi diritti. Il pagamento per sè solo non implica rinuncia, a meno che non sia constatato che, all'atto del pagamento, il proprietario conosceva i vizii (2). Infatti, il pagamento si fa di regola quando i lavori sono terminati. Quando si procede alla verifica da una persona dell'arte che stende processo verbale, il pagamento che si fa posteriormente e senza riserva può valere come rinuncia, ma quando non vi ha una verifica

(1) Gand, 12 agosto 1864 (Dalloz, 1865, 2, 35).
(2) Cfr. Poitiers, 1.° marzo 1844 (Dalloz, v. *Louage d'ouvrage*, n. 159, 6.°)

speciale, il pagamento non prova in modo certo che il proprietario rinuncia al suo diritto, nè si ritiene che il proprietario rinunci al suo diritto se non quando compie un fatto al quale non si può dare una diversa interpretazione.

55. L'approvazione data ai lavori potrebbe opporsi come eccezione contro l'azione di responsabilità? Può esservi approvazione espressa o tacita. L'approvazione espressa equivale alla presa in consegna quando è data dopo che i lavori sono terminati. L'approvazione può anche essere tacita. È stato giudicato che la vendita dell'edificio fatta dal proprietario era una prova ch'egli accettava le costruzioni come erano state fatte (1). Ciò dipende dalle circostanze della causa. Contro la teoria della conferma si può obbiettare che il consenso ed anche gli ordini del proprietario dati prima dell'inizio dei lavori, o nel corso della loro esecuzione, sono inefficaci, restando l'architetto sempre responsabile. Non se ne deve conchiudere essere egualmente inefficace anche il consenso posteriore? No, grande è la differenza fra una approvazione che precede i lavori e l'approvazione che li segue. Nel primo caso, è in causa l'interesse pubblico, e importa alla sicurezza delle persone che non si erigano costruzioni difettose. Nel secondo caso, non si tratta più che dell'interesse del proprietario, e questi è libero di rinunciarvi. Citeremo come argomento d'analogia l'art. 2220. Non si può anticipatamente rinunciare alla prescrizione, mentre si può rinunciare alla prescrizione acquisita.

§ V. — *Dell'azione di responsabilità.*

56. L'azione di responsabilità appartiene al proprietario. Egli è attore, e la sua azione è fondata sopra una colpa dell'architetto, donde segue che il proprietario deve provare il difetto di costruzione o il vizio del suolo. È questo il fondamento della sua domanda. Si dirà, colla Corte di cassazione, che l'art. 1792 stabilisce una presunzione di colpa, il che implica che il proprietario, quantunque attore, non ha nulla da provare? Noi abbiamo già risposto all'obbiezione (nn. 31 e 50) (2). Male si dice che l'art. 1792 stabilisce una presunzione di colpa a carico dell'architetto. Vi ha presunzione in suo favore, nel senso che dopo dieci anni egli non è più responsabile. La legge presume dunque che la rovina dell'edificio avvenuta dopo i dieci

(1) Lione, 18 giugno 1835 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 146).

(2) Basta leggere le cattive ragioni date da MARCADÉ in appoggio di questa opinione per convincersi che è erronea (t. VI, p. 539, n. I dell'art. 1792). Crediamo inutile confutarle. Cfr. DUVERGIER, t. II, p. 406, n. 356, e TROPLONG, n. 1005, in senso contrario.

anni non è imputabile dell'architetto, ma da ciò non segue che gli sia imputabile la rovina dell'edificio che avviene entro questo termine. Essa può provenire da caso fortuito, può dipendere da difetto di costruzione delle case vicine o dai vizii del suolo di queste. La legge non poteva dunque presumere l'imperizia o la negligenza dell'architetto. La questione della prova non ha, del resto, importanza pratica. Di regola, il tribunale ordina una perizia, ed è indifferente che la medesima sia provocata dall'attore o dal convenuto.

57. L'art. 1792 dispone che gli architetti ed intraprenditori sono responsabili durante il corso di dieci anni, se l'edificio perisce per vizio della costruzione o del suolo. In qual senso sono essi responsabili per dieci anni? La questione è controversa, e vi ha qualche dubbio. Un primo punto non è discusso. Se l'edificio viene a perire dopo i dieci anni, l'architetto non è più responsabile, quand'anche il proprietario pretendesse che l'edificio sia crollato per vizio della costruzione o del suolo. La legge limita la durata della responsabilità nascente dalla colpa del l'architetto. Vi hanno casi in cui la garanzia è sempre dovuta. Il venditore è sempre garante dell'evizione, in qualunque tempo avvenga, per la ragione che l'evizione prova per sè stessa, in qualunque momento abbia luogo, che il venditore è in colpa, nel senso che non ha adempito l'obbligazione da lui contratta di rendere il compratore proprietario della cosa venduta. La garanzia non può dunque essere limitata ad un determinato tempo. Non così della garanzia cui è tenuto l'architetto. Questi risponde della propria colpa. Secondo il diritto comune, egli sarebbe prosciolto da questa responsabilità per effetto della consegna dei lavori. La legge deroga alla regola pel motivo che è difficile conoscere i difetti di costruzione all'atto della verifica: il più delle volte essi non si manifestano che dopo un tempo più o meno lungo. Ma quale è questo tempo? La responsabilità dell'architetto non potrebbe durar sempre, perchè, se l'edificio crolla dopo un lungo lasso di tempo, crollerà per vetustà o per mancanza di riparazioni, e l'architetto non può essere responsabile di queste cause di distruzione. Se vi ha un difetto di costruzione, esso si manifesterà più presto, entro un termine che è impossibile fissare in modo certo, poichè tutto dipende dalla gravità del difetto. La legge ha dovuto contentarsi d'un limite arbitrario, ch'essa ha fissato a dieci anni. Tale è la presunzione della legge. La rovina che avviene dopo i dieci anni si presume estranea a difetti di costruzione. A dire il vero, trattasi più che d'una presunzione. Le presunzioni ammettono sempre una prova contraria, anche quelle che si chiamano *juris et de jure* (art. 1352), mentre il proprietario non sarebbe ammesso a provare, nemmeno colla confessione o col giuramento dell'architetto, che questi è in colpa e quindi responsabile. Ciò risulta evidentemente dall'art. 2270, a termini del quale l'architetto è prosciolto dalla garanzia dopo dieci anni. Non vi ha più

azione contro di lui. Sarebbe stato ingiusto prolungare la garanzia indefinitamente, poichè si sarebbe reso l'architetto responsabile d'una colpa troppo difficile a constatare dopo un lungo lasso di tempo. Il più delle volte la colpa non esiste quando non si manifesta nei primi anni che sussegnono il compimento dei lavori (1).

58. Perchè vi abbia luogo a responsabilità, bisogna che la rovina dell'edificio avvenga durante il corso di dieci anni. Se l'edificio perisce in tutto o in parte nel decennio, il proprietario può agire contro l'architetto. Quale è la durata di questa azione? Sulla controversia, la dottrina discorda dalla giurisprudenza, e gli autori stessi sono divisi. A nostro avviso, la dottrina ha ragione nel senso che l'azione dura trent'anni. È il diritto comune, e il diritto comune deve ricevere applicazione in tutti i casi in cui non vi si è derogato. La difficoltà si riduce dunque a questo. Gli articoli 1792 e 2270 limitano a dieci anni la durata dell'azione per danni ed interessi che spetta al proprietario quando l'edificio viene a perire in tutto o in parte per colpa dell'architetto? Ciò che dicemmo durante tutto il corso delle nostre spiegazioni sull'oggetto dell'art. 1792 prova che in esso non si discorre dell'azione per danni ed interessi, ma soltanto della garanzia. Ora, altra cosa è la garanzia, altra l'azione per danni ed interessi che ne risulta. Trattandosi della garanzia, la legge ha dovuto stabilire un termine molto breve, ma sufficiente perchè i difetti di costruzione, se ve ne sono, si manifestino. Il termine di dieci anni ch'essa ha fissato all'uopo non ha nulla di comune coll'azione di responsabilità. Non vi era alcun motivo d'abbreviare la durata ordinaria della prescrizione. Limitando la durata della garanzia a dieci anni, la legge deroga allo stretto diritto del proprietario. Questi dovrebbe avere un'azione contro l'architetto, in qualunque tempo l'edificio venisse a perire, a condizione di provare che è perito per colpa dell'architetto. La legge ha limitato questo diritto a un tempo brevissimo, fondandosi sopra probabilità. Essa non poteva andare oltre, e limitare anche l'azione per danni ed interessi, poichè avrebbe compromesso i diritti del proprietario. Infatti, se la perdita avvenisse alla fine dell'ultimo anno, il proprietario si troverebbe nell'impossibilità di agire (2). Vedremo le obbiezioni che si fanno contro questa dottrina esponendo lo stato della giurisprudenza.

59. Vi sono tre sentenze della Corte di Parigi le quali hanno deciso che l'azione di responsabilità sia limitata a dieci anni, al pari della durata della garanzia. La Corte invoca la lettera e lo spirito della legge. Il testo parla della responsabilità (arti-

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 358, n. 245 *bis* IV.

(2) Colmet de Santerre, t. VII, p. 359, n. 245 *bis* V-XII, e gli autori citati da Aubry e Rau, t. IV, p. 533, e nota 30, § 374.

colo 1792) e della garanzia (art. 2270). Ora la responsabilità implica un'azione al pari della garanzia. È dunque la durata dell'azione di responsabilità o di garanzia che la legge ha voluto limitare. Sta bene che il testo può essere interpretato così, ma si tratta di sapere se questa interpretazione è in armonia coll'oggetto medesimo degli articoli 1792 e 2270. Noi abbiamo ripetuto quanto è stato detto al Consiglio di Stato sullo scopo dell'art. 1792. Esso mantiene la responsabilità dopo la verifica dei lavori. Per quanto tempo? Ecco l'unico scopo della legge, e quindi si fraintende il suo concetto naturale applicandola alla durata dell'azione per danni ed interessi. Si obbietta ciò che disse l'oratore del Governo nell'esporre i motivi del titolo della *Prescrizione*. Bigot-Préameneu si limita ad osservare che la prescrizione è stabilita in favore degli architetti e che il codice mantiene il diritto comune quanto alla durata (1). Dal fatto che la prescrizione è stabilita nell'interesse degli architetti si deve conchiudere che l'azione per danni ed interessi sia limitata a dieci anni? L'*Esposizione dei motivi* non dice questo. La prescrizione è realmente favorevole all'architetto, come abbiamo notato, ma dal fatto che la legge limita la durata della garanzia non si può indurre che limiti anche la durata dell'azione di responsabilità. Sarebbe un secondo favore, pel quale occorrerebbe una nuova disposizione. La Corte di Parigi soggiunge che, lasciando all'azione per danni e interessi la durata di trent'anni, si ritorce contro l'architetto una norma legislativa che è stata introdotta in suo favore. Ciò non è esatto. Secondo il diritto comune, l'architetto sarebbe stato garante anche quando l'edificio fosse venuto a perire dopo trent'anni, e, per di più, l'azione, una volta nata, avrebbe avuto la durata ordinaria di trent'anni. La legge deroga, in favore dell'architetto, al primo principio, ma non deroga al secondo. Noi manteniamo dunque il favore che la legge accorda all'architetto, e gli rifiutiamo quello che la legge non gli consente. La stessa Corte di Parigi confessa che l'interpretazione da lei ammette estende la disposizione della legge. Il legislatore, essa dice, ha pensato che, trascorsi dieci anni senza che si sia manifestato un difetto di costruzione, la perdita totale o parziale dell'edificio che sopravvenisse dopo questo termine non potrebbe *presumersi* proveniente dal difetto di costruzione. Bisogna riconoscere, soggiunge la Corte, che entra pure nel suo spirito di decidere che, se un proprietario ha lasciato trascorrere dieci anni senza reclamare, benchè sia sopravvenuto un accidente, benchè si sia manifestato un difetto di costruzione, si deve ritenere ch'egli abbia rinunciato ad ogni regresso (2). Così la Corte estende una disposizione ch'essa chiama presun-

---

(1) *Esposizione dei motivi*, n. 35 (LOCRÉ, t. VIII, p. 353).

(2) Parigi, 17 febbraio 1853 (DALLOZ, 1853, 2, 133). Cfr. Parigi, 15 novembre 1836 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 155) e 20 giugno 1857 (DALLOZ, 1858, 2, 88).

zione, ciò che l'interprete non ha diritto di fare; poi presume una rinuncia, il che è una anomalia più grande ancora. Tutto ciò ne sembra decisivo contro la giurisprudenza della Corte di Parigi.

59 *bis*. La Corte di Parigi dice doversi ritenere che il proprietario il quale resta dieci anni senza agire abbia rinunciato al suo diritto. Secondo l'opinione da lei consacrata, la supposizione non è esatta. Infatti, il proprietario dovrebbe agire nei dieci anni a partire dalla presa in consegna dei lavori, quando anche i vizii si manifestassero soltanto nel decimo anno. Questa conseguenza, che deriva dalla giurisprudenza da noi combattuta, ha indotto Duvergier a proporre un'altra interpretazione. Il proprietario avrebbe dieci anni per agire, a far tempo dal giorno in cui l'edificio fosse venuto a perire in tutto o in parte (1). Questa opinione non ha trovato favore, perchè manca d'una base legale. Il legislatore avrebbe potuto consacrarla, ma l'interprete non ha un tal diritto. Crediamo inutile insistere.

60. La garanzia essendo sottoposta ad una breve prescrizione, importa determinare in modo preciso il momento in cui essa comincia a decorrere. Gli articoli 1792 e 2270 si limitano a fissare il termine a dieci anni, ma i motivi pei quali il legislatore ha prolungato la responsabilità dell'architetto decidono implicitamente la difficoltà. Secondo il diritto comune, la responsabilità dell'architetto cesserebbe colla presa in consegna dei lavori. Poichè questa non sana i vizii occulti che possono trovarsi nelle costruzioni il legislatore mantiene la responsabilità dell'architetto per dieci anni. Essa sopravvive, come si dice, alla verifica dei lavori, perchè la verifica dei vizii occulti è impossibile. Quando si può sapere se esiste un vizio? Al momento della consegna. Se il vizio è apparente, la consegna lo sana, se il vizio è nascosto, la responsabilità sussiste. È dunque a partire della consegna che il termine di dieci anni deve decorrere, ossia a partire dal processo verbale di consegna, ovvero dalla presa di possesso dei luoghi, quando essa equivalga ad una consegna (2).

Così ha giudicato la Corte di Parigi. Rimane tuttavia una difficoltà. Quale è la data della consegna? Quando i lavori sono presi in consegna da una persona dell'arte, se ne stende processo verbale. La data del processo verbale stabilisce in questo caso la data della consegna. La consegna può essere ricevuta anche dal proprietario, e allora essa è ordinariamente tacita. Trattasi di una questione di fatto. Il giudice deve decidere, secondo le circostanze della causa, se vi ha consegna e in qual giorno essa ha avuto luogo. Nella specie giudicata dalla Corte di Parigi

(1) DUVERGIER, t. II, p. 415, n. 360. In senso contrario. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 362, n. 245 *bis* XIII.
(2) DUVERGIER, t. II, p. 409, nn. 358 e 359.

la consegna risultava dall'occupazione dei luoghi fatta dal proprietario, ma le circostanze della causa non permettevano di precisare la data. La Corte si è determinata in base al fatto del pagamento del credito dell'architetto. Questo fatto, coincidendo con quello dell'occupazione, provava che la consegna esisteva e ne indicava la data. Si obbiettava che la messa in opera del legname era stata terminata anteriormente, e che bisognava applicare la prescrizione ad ogni lavoro speciale, facendola decorrere dal compimento di ogni singolo lavoro. La Corte risponde che, la costruzione d'una casa costituendo un insieme composto di diversi lavori, è impossibile sottoporre ad una prescrizione speciale ogni parte del lavoro (1). Soggiungeremo che sarebbe così anche quando il pagamento si facesse parzialmente, a misura del compimento dei singoli lavori, perchè questi pagamenti non hanno nulla di comune colla consegna, la quale non ha luogo che quando i lavori sono terminati.

61. La prescrizione di dieci anni rimane sospesa durante la minore età? Il termine di dieci anni vien chiamato una prescrizione, perchè l'art. 2270, che fissa l'identico termine per la stessa responsabilità, è posto sotto la rubrica della sezione che tratta della durata della prescrizione. La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'ammettere che la minorità non sospende il corso di questa prescrizione speciale. Vi ha un motivo di dubitare che sarebbe perentorio se si trattasse d'una vera prescrizione. A termini dell'art. 2252, la prescrizione non corre contro i minori, ad eccezione dei casi determinati dalla legge. Occorre dunque che l'eccezione sia formulata nella legge, e quindi il silenzio della legge basta per decidere la difficoltà. Invano la Corte di Parigi dice che in casi analoghi, come quello dell'art. 1676, la prescrizione corre contro i minori (2). Non si ragiona per via analogica quando si tratta d'una eccezione, specialmente quando si viene a privare un incapace d'una garanzia che la legge gli accorda. Ma lo spirito della legge prova che il termine di dieci anni degli articoli 1792 e 2270 non è una prescrizione. Perchè la legge limita a dieci anni la durata della garanzia? Perchè il vizio si manifesta in un termine molto breve. È forse necessario un termine più lungo, perchè si scopra il vizio quando il proprietario è minore? La domanda non ha senso. Non ne risulta che gli interessi del minore siano sacrificati. Il termine di dieci anni è estraneo all'azione che nasce dalla garanzia. Questa azione dura trent'anni, e la prescrizione non corre contro il minore (3).

(1) Parigi, 12 maggio 1874 (DALLOZ, 1874, 2, 172), e 15 giugno 1874 (DALLOZ, 1876, 1, 262).
(2) Parigi, 20 giugno 1857 (DALLOZ, 1858, 2, 88).
(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 533, § 374.

§ VI. — *Della responsabilità dell'art. 1382.*

62. Quando gli architetti ed intraprenditori sono responsabili in forza dell'art. 1382? A termini di questo articolo, qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcirlo. È ciò che la legge chiama un delitto o un quasi-delitto. Abbiamo detto altrove in che cosa la responsabilità nascente da un fatto dannoso differisce dalla responsabilità che deriva da una colpa convenzionale. Qui non abbiamo che a determinare i casi nei quali gli architetti sono responsabili in forza d'un fatto dannoso. La parola stessa lo dice, e l'art. 1370 lo spiega. La responsabilità esiste in conseguenza d'un fatto col quale l'architetto arreca un danno, senza che intervenga alcuna convenzione fra l'architetto e colui che rimane leso. Se il danno risulta dall'inesecuzione d'un contratto, la colpa è convenzionale. In questo caso si applicano i principii da noi già esposti. Se il danno risulta da un fatto che costituisce un delitto o un quasi-delitto, senza che si tratti dell'inesecuzione d'una convenzione, si applicano gli articoli 1382 e 1383. Bisogna aggiungere che anche l'art. 1384 è applicabile all'architetto e all'intraprenditore. L'art. 1797 lo dice: « L'intraprenditore è responsabile delle persone che impiega ». Alla sua volta il proprietario è responsabile, come committente, dei fatti dell'architetto, conformemente alla disposizione dell'art. 1384, che dichiara i committenti responsabili del danno cagionato dai loro commessi nell'esercizio delle funzioni nelle quali vennero da essi impiegati.

63. Secondo l'art. 1386, il proprietario d'un edificio è tenuto pel danno cagionato dalla rovina di esso quando sia avvenuto per un vizio nella sua costruzione. Questa responsabilità è più generale. Essa esiste non solo in caso di rovina, ma ha luogo dal momento che un vizio nella costruzione reca un danno alla casa vicina. Il vicino ha dunque un'azione contro il proprietario, salvo a questo di chiamare in causa l'architetto o l'intraprenditore (1). Il vicino può anche agire direttamente contro l'autore del fatto dannoso. Le due azioni sono diverse, come abbiamo detto trattando della responsabilità. Vi ha una differenza sulla quale bisogna insistere. L'azione per danni ed interessi nascente da un fatto dannoso si prescrive in trent'anni. Il vicino leso da un vizio di costruzione ha dunque trent'anni per agire sia contro il proprietario della casa, sia contro l'architetto, quand'anche il vizio di costruzione non si manifestasse che dopo i dieci anni durante i quali l'architetto è responsabile

---

(1) Metz, 30 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 5, 294).

a riguardo del proprietario. Ne consegue che la responsabilità dell'art. 1382 pesa sull'architetto quando non è più responsabile in forza degli articoli 1792 e 2270. Qual'è la ragione di questa differenza? È che la responsabilità dell'art. 1382 è d'interesse generale avendo per oggetto d'assicurare le persone e le cose contro l'imprudenza o la negligenza dell'architetto. Vi ha in questione un interesse generale anche nel caso degli articoli 1792 e 2270, ma esso dipende da una convenzione. Il proprietario sceglie l'architetto che vuole impiegare, e può fare quelle stipulazioni che crede convenienti per tutelare i suoi interessi, mentre i vicini sono estranei alla convenzione che interviene fra l'architetto e colui che l'impiega. La legge ha dovuto vegliare al loro interesse che si confonde coll'interesse pubblico (1).

64. La durata della garanzia essendo diversa secondo che l'azione nasce dall'art. 1382 o dagli articoli 1792 e 2270, importa sapere quando l'architetto sia responsabile come autore d'un fatto dannoso. Si citano come esempi i casi in cui l'architetto contravviene alle leggi e regolamenti sulle fabbriche. Egli fabbrica fuori dell'allineamento o oltre l'altezza regolamentare. Il proprietario è obbligato ad arretrare la sua costruzione o a demolirla. L'architetto è responsabile in forza dell'art. 1382. Non si tratta d'un vizio di costruzione nè d'un difetto, e quindi gli articoli 1792 e 2270 sono fuori di questione (2). I tribunali confondono sovente la responsabilità dell'art. 1382 colla responsabilità convenzionale, rannodando all' art. 1792 il principio della responsabilità che pesa sull'architetto quando egli non osserva le leggi sul vicinato e sull'edilizia (3). L'errore è palese.

L'architetto dà ai muri sotterranei uno spessore minore di quello che doveva dar loro secondo la convenzione. È questo un quasi-delitto od una colpa convenzionale? È certo che vi ha mala fede, ma la mala fede risulta dall'inadempimento dell'obbligazione contratta dall'architetto. È un vizio di costruzione; la mala fede aggrava la colpa del costruttore, ma questa colpa non cambia natura, e resta convenzionale. Ne consegue che la garanzia dura soltanto dieci anni (4).

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 534, e nota 32, § 374. In senso contrario, DUVERGIER, t. II, p. 417, n. 363, e TROPLONG, n. 1014.

(2) DUVERGIER, t. II, p. 417, n. 362. AUBRY e RAU, t. IV, p. 533 e seg., § 374.

(3) Bordeaux, 21 aprile 1864 (DALLOZ, 1865. 2, 39).

(4) Cfr. Caen, 1.° aprile 1848 (DALLOZ, 1848, 2, 176, e la nota del relatore).

§ VII. — *Dell'art. 1793.*

65. Un architetto od un intraprenditore si incarica d'una costruzione *à forfait*. Durante il corso dei lavori, il prezzo della mano d'opera o dei materiali aumenta. Potrà egli, per questo titolo, chiedere un di più sul prezzo stipulato col *forfait?* La negativa è certa, e si trova consacrata dall'art. 1793. È l'applicazione del principio della irrevocabilità delle convenzioni. Esse tengono luogo di legge per coloro che le hanno fatte. Nessuna delle parti può modificare il contratto. Il proprietario non avrebbe diritto di reclamare una diminuzione del *forfait* se il prezzo della mano d'opera o dei materiali venisse a diminuire. Con qual diritto l'architetto reclamerebbe un aumento del *forfait* quando il prezzo viene ad aumentare? È un rischio che entrambe le parti corrono quando contrattano *à forfait* e devono subire la legge ch'esse si sono creata.

66. Non è questo l'oggetto dell'art. 1793. L'applicazione dell'art. 1134 è così evidente che era inutile formularla. Questo articolo contiene anche una seconda disposizione: « L'architetto non può domandare alcun aumento di prezzo col pretesto che siansi fatte al piano variazioni od aggiunte, se queste non sono state approvate per iscritto e non se ne sia convenuto il prezzo col proprietario ». Fare variazioni al piano o aumentare le costruzioni è ancora modificare la convenzione, e l'architetto non ne ha il diritto, poichè i contratti non possono essere modificati che col mutuo consenso delle parti contraenti. Se l'architetto facesse variazioni od aggiunte a suo arbitrio, non solo non potrebbe reclamare, per questo titolo, un aumento di prezzo, ma sarebbe in quella vece tenuto ai danni ed interessi se ne risultasse un danno pel proprietario. È un'applicazione evidente del principio dell'irrevocabilità delle convenzioni. Ma, secondo il diritto comune, le parti possono, col loro mutuo consenso, revocare le loro convenzioni o modificarle. È qui che la legge deroga ai principii generali, disponendo che le variazioni od aggiunte fatte dall'architetto devono essere approvate in iscritto e il prezzo convenuto col proprietario perchè egli possa chiedere un supplemento. Per qual motivo occorre un'approvazione *per iscritto?* Perchè il *prezzo* deve essere specialmente convenuto?

Il relatore e l'oratore del Tribunato hanno esposto i motivi di questa innovazione, resa necessaria da una specie di frode che gli architetti commettevano a danno dei proprietarii. Può darsi che l'architetto debba fare lavori che non aveva preveduti al momento del contratto. La natura del suolo, per esempio, lo obbliga a rinforzare le fondamenta. Il prezzo essendo convenuto *à forfait*, l'architetto non potrebbe reclamare, per questo titolo, alcun aumento. Per isfuggire alla legge del contratto,

egli propone al proprietario delle variazioni nel piano, il che annulla il *forfait* e permette all'architetto di reclamare un prezzo proporzionato ai lavori che eseguisce. Se il proprietario ha l'imprudenza di consentire a queste variazioni, perderà il beneficio del *forfait*. Sarebbe lo stesso s'egli si lasciasse indurre dall'architetto a fare variazioni che aumentino l'utilità o il diletto della costruzione. Anche in questo caso perderà i vantaggi del prezzo fatto. Il prezzo era stato calcolato secondo i bisogni e la sostanza del proprietario, e, in conseguenza delle variazioni, egli si trova impegnato in spese che non hanno più limite, essendo l'architetto interessato ad estendere sempre i lavori. Ecco come avviene che il prezzo delle costruzioni oltrepassa di molto la somma che il proprietario voleva impiegarvi. La legge ha voluto garantire i proprietarii contro i consigli interessati degli architetti. Perchè l'architetto possa reclamare un aumento di prezzo per le variazioni che apporta al piano, l'articolo 1793 esige due condizioni. Anzitutto bisogna che le variazioni siano approvate in iscritto, affinchè il consenso del proprietario sia certo ed egli si renda esatto conto delle modificazioni che il *forfait* va a subire. Inoltre il prezzo dei nuovi lavori deve essere specialmente convenuto, affinchè il proprietario sappia qual'è l'importo delle spese che le variazioni richiederanno (1).

67. Lo scopo che il legislatore ha avuto in vista spiega la natura delle condizioni ch'esso esige e ne determina il valore. Bisogna che le variazioni siano approvate per iscritto. È questa una deroga all'art. 1341, val dire si tratta d'una semplice questione di prova? No, è una misura di diffidenza contro l'architetto ed una garanzia pel proprietario, donde segue che la scrittura è la condizione senza la quale l'architetto non avrà azione contro il proprietario. In mancanza di scritto, il *forfait* sussiste e, per conseguenza, l'architetto non può reclamare che il prezzo in quello stipulato. Invano egli allegherebbe un principio di prova per iscritto per provare con testimoni che il proprietario ha consentito alle variazioni. Egli non potrebbe nemmeno ricorrere alla confessione del proprietario, nel senso che non sarebbe ammesso a deferirgli un interrogatorio nè un giuramento. Non vi ha variazione senza atto scritto (2).

Esiste una sentenza della Corte di Douai in questo senso, ma assai mal motivata (3). Il primo giudice aveva ordinato l'interrogatorio su fatti articolati del proprietario, per stabilire se realmente vi fosse stata una convenzione autorizzante le variazioni fatte dall'architetto. Prodottosi appello, la Corte riformò la

---

(1) JAUBERT, *Discorsi*, n. 12 (LOCRÉ, t. VII, p. 213). MOURICAULT, *Relazione*, n. 19 (LOCRÉ, t. VII, p. 207).
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 364, n. 246 *bis* IV, e tutti gli autori.
(3) Douai, 16 agosto 1826 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 105).

sentenza, pel motivo che l'art. 1793 stabilisce una presunzione *juris et de jure* a vantaggio del proprietario, e che, secondo l'art. 1352, nessuna prova è ammessa contro la presunzione della legge. L'art. 1793 non crea presunzione di sorta; esso rifiuta ogni azione all'architetto quando la variazione non è stata approvata per iscritto. Ammettendo che vi sia una presunzione, non è esatto dire che nessuna prova sia ammessa contro la presunzione della legge, perchè l'art. 1352 ammette la confessione e il giuramento. La distinzione che la Corte stabilisce fra la confessione puramente volontaria e la confessione fatta in un interrogatorio non ha alcuna base legale, ed è anzi contraria al testo ed allo spirito del codice. La Corte non aveva bisogno d'invocare una pretesa presunzione della legge. Bastava, per decidere la contestazione, fondarsi sul testo dell'art. 1793 quale è stato interpretato dagli oratori del Tribunato. Ciò sta ad attestare la grande importanza che hanno i motivi per l'interpretazione del codice. Sono essi il vero spirito delle leggi che servono a decidere le difficoltà che queste presentano.

La Corte di cassazione ha deciso che la variazione era sufficientemente autorizzata in un caso in cui non esisteva una speciale scrittura approvante le variazioni che l'architetto aveva apportato al piano. Si trattava dell'impianto d'una macchina tipografica. L'intraprenditore aveva sostituito al meccanismo convenuto un meccanismo tutto diverso. Ma il proprietario aveva annotato di sua mano i nuovi piani fatti dal costruttore, e aveva sorvegliato la costruzione della macchina. La Corte ne conchiude che il proprietario non aveva potuto ignorare le variazioni introdotte al piano primitivo. Così motivata, la decisione della Corte sarebbe in contrasto col testo e collo spirito dell'art. 1793. La legge non si contenta della conoscenza che il proprietario può avere delle variazioni, non si contenta nemmeno dell'approvazione, ma vuole una autorizzazione data per iscritto. Siccome però essa non prescrive alcuna forma speciale, e meno ancora termini sacramentali, la Corte avrebbe potuto ravvisare nelle annotazioni fatte dal proprietario al nuovo piano un consenso dato per iscritto (1).

68. L'art. 1793 soggiunge che il prezzo deve essere convenuto col proprietario. Si domanda se questa convenzione debba essere constatata per iscritto. Secondo il testo della legge, bisogna rispondere in senso negativo, e tale è pure l'opinione generalmente seguita (2). Si tratta d'una disposizione eccezionale, e quindi bisogna restare nei termini della legge. Se nulla se ne può togliere, nulla pure è permesso di aggiungervi. Ora, esigere che il prezzo sia fissato per iscritto è aggiungere alla legge

(1) Rigetto, 16 agosto 1826 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 106, 1.°).

(2) Vedi le fonti in AUBRY e RAU, t. IV, p. 535, nota 37, § 374. Bisogna aggiungere rigetto, 13 agosto 1860 (DALLOZ, 1861, 1, 105).

una condizione ch'essa non stabilisce. Si è obbiettato lo spirito del codice. Che cosa vuole il legislatore? Che il proprietario si renda un conto esatto non solo delle modificazioni che l'intraprenditore vuol fare al piano, ma anche delle spese che ne risulteranno. È specialmente quest'ultimo punto che interessa il proprietario, ed allo scopo ch'egli non sia travolto in spese che eccedono le sue previsioni la legge vuole una autorizzazione scritta. Lo scopo della legge non sarebbe raggiunto se il prezzo fosse convenuto oralmente. Questo è vero. Gli autori del codice avrebbero dovuto esigere una convenzione scritta, ma non l'hanno fatto, e l'interprete non può colmare la lacuna in una materia eccezionale. Si è dato un altro motivo molto specioso. La variazione deve essere approvata per iscritto. Vi ha dunque un atto constatante una nuova convenzione. Ora, non è ammessa la prova per testimoni oltre il contenuto nell'atto (art. 1341); dunque, si dice, la necessità della scrittura risulta dai principii generali (1). Pare a noi che questa sia una falsa applicazione della regola: *Le scritture vanno preferite ai testimonii.* L'art. 1793 esige due convenzioni, una che autorizzi le variazioni, e deve essere scritta; l'altra che fissi il prezzo dei lavori. Qui la legge si contenta del consenso, senza esigere uno scritto. Questa convenzione resta dunque sotto l'impero del diritto comune. Non si può dire che la prova di questa seconda convenzione conduce a provare oltre l'atto, perchè la convenzione non doveva esservi constatata.

69. Se le variazioni non sono state approvate, e se non vi ha convenzione relativa al prezzo, i lavori che l'architetto farà resteranno a suo carico. La conseguenza è grave. È stato giudicato che l'intraprenditore non aveva alcuna azione per lavori la cui spesa ammontava a seicentosessantanovemilanovecentodieci lire (2). Cosa singolare! Erano giudici del fatto, erano arbitri che avevano mostrato questa severità. La Corte di cassazione annullò la sentenza della Corte di Parigi che aveva confermato la sentenza arbitrale. Si trattava della costruzione d'un canale. L'ingegnere della compagnia aveva ordinato i lavori; gli intraprenditori li avevano soltanto accettati. La Corte ne conchiude che l'art. 1793 era inapplicabile (3). È vero che, stando ai motivi sviluppati dagli oratori del Tribunato, bisogna escludere l'art. 1793, poichè esso è una garanzia contro l'architetto che propone lavori all'infuori del *forfait.* Il proprietario non può lagnarsi d'essere stato sorpreso quando è lui che provoca le variazioni. Ma i discorsi ufficiali che espongono i motivi del codice possono prevalere sui termini generali della legge? È molto dubbio. Però, nella specie, noi crediamo che la Corte di

(1) Colmet de Santerre, t. VII. p. 363, n. 246 *bis* II.
(2) Cassazione, 28 gennaio 1846 (Dalloz, 1846, 1, 245).
(3) Liegi, 22 luglio 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 218).

cassazione abbia giudicato rettamente. Quando il proprietario propone le variazioni, non può esservi alcuna pena contro l'architetto, e quindi l'art. 1793 non ha più ragione d'esistere.

La Corte di Liegi ha applicato l'art. 1793 con una severità che può parere eccessiva, ma che è tuttavia giustissima. Nella specie, l'architetto aveva dovuto fare lavori non previsti dall'appalto. Senza questa aggiunta, l'esecuzione del piano sarebbe stata impossibile. Tuttavia la Corte decise che bisognava stare al *forfait*. Spettava all'architetto prevenire il proprietario e domandare una autorizzazione in iscritto.

70. La legge è d'una severità forse eccessiva. Ciò persuade a rimanere nei limiti precisi dell'art. 1793. La legge suppone che l'architetto o l'intraprenditore si sia incaricato della costruzione *à forfait* d'un *edifizio*. Si può applicarla ad altre costruzioni? È insegnata l' affermativa (1), e così fu giudicato dalla Corte di cassazione (2). A noi però la soluzione par dubbia. Si dice che vi ha lo stesso motivo di decidere. L'analogia non basterebbe, quand'anche fosse completa, per estendere una disposizione così anormale quale è quella dell'art. 1793, che rifiuta ogni forza ad una convenzione, quand'anche fosse legalmente provata. Ma non è vero il dire che la legge, col suo spirito, abbraccia ogni sorta di costruzioni. È questa una disposizione stata provocata dagli inconvenienti pratici dell'antico diritto. Ora, questi inconvenienti non s'erano prodotti che nella costruzione degli edifici. Quando si tratta d'un canale, d'una ferrovia, non vi ha a temere che il proprietario si lasci influenzare dai consigli interessati dell'architetto; è piuttosto l'intraprenditore che sta alle dipendenze della compagnia. Checchè sia di ciò, bisogna attenersi rigorosamente all'interpretazione letterale della legge.

71. L'art. 1793 soggiunge che la costruzione deve essere *à forfait* in conformità d'un piano stabilito e concordato col proprietario del suolo. Sulla condizione del *forfait*, non vi ha alcun dubbio (3). Il testo lo esige formalmente, e non si concepisce nemmeno l'applicazione della legge quando il prezzo non è stato stipulato *à forfait*, poichè in questo caso il prezzo è necessariamente variabile e dipende dai lavori eseguiti dall'intraprenditore. Il proprietario che tratta *à forfait* vuol mettersi al coperto da ogni sorpresa, egli non può lagnarsi allorchè non stipula un prezzo invariabile. Quando vi ha *forfait?* La Corte di cassazione ha deciso che la quistione è di puro fatto (4). Senza dubbio, poichè si tratta dell'interpretazione d'una convenzione Ma ne risulta che i giudici del fatto possono sfuggire all'appli

(1) Marcadé, t. VII, p. 541, n. II dell'art. 1793, seguito da Aubry e Rau.
(2) Cassazione, 28 gennaio 1846 (Dalloz, 1846, 1, 245).
(3) Aubry e Rau, t. IV, p. 535 nota 39 § 374 e tutti gli scrittori.
(4) Sentenza di rigetto del 20 maggio 1824 (Dalloz, v. *Louage d'ouvrage*, n. 109.

cazione della legge decidendo che non vi ha *forfait*. La difficoltà diviene molto seria allorchè non vi ha un piano regolare e completo delle opere, quantunque il prezzo sia convenuto anticipatamente per tutti i lavori che dovranno essere eseguiti. L'art. 1793 sarebbe applicabile? Se esso esigesse soltanto il *forfait*, l'affermativa sarebbe certa, ma esso vuole che vi sia un piano stabilito e concordato col proprietario. Se non vi ha alcun piano, s'intende che la legge non può ricevere applicazione, non potendosi parlarsi di autorizzare per iscritto una variazione od un'aggiunta sopra un piano che non esiste. È il proprietario, in questo caso, che si trova in colpa. Invece di vincolare l'architetto con un piano, egli si contenta di dargli istruzioni vaghe e indeterminate che lasciano necessariamente una certa larghezza all'artista. Questi obbedisce alle sue ispirazioni o al suo interesse; una variazione ne chiama un'altra, ed è così che il proprietario si trova travolto in spese eccessive (1).

La Corte di cassazione ha applicato questi principii ad un contratto *à forfait* stipulato per la costruzione d'una ferrovia e sue dipendenze. Al momento del contratto, i piani e tracciati dei lavori non erano stati stabiliti fra le parti. La Corte ne conchiude che il prezzo dovuto all'intraprenditore può, in questo caso, essere regolato in una somma superiore a quella che era fissata nel contratto. Vi era, nella specie, un prezzo fatto, ma nessun piano era stato concordato. La Corte di cassazione non decide, in diritto, che non vi fosse *forfait*, ma dice che la sentenza impugnata era fondata sull'interpretazione delle convenzioni e della volontà delle parti (2).

Vi ha una sentenza recente in senso contrario. La convenzione in controversia aveva parimente per oggetto opere ferroviarie. La sentenza della Corte di Parigi decideva, *in diritto*, che la validità dei contratti portanti una stipulazione di *forfait* non è soggetta a condizioni diverse da quelle degli altri contratti. Se, nell'art. 1793, il legislatore ha parlato di piani stabiliti e concordati, non ha inteso fare della produzione di questi piani una formalità sostanziale che non possa essere supplita da alcun equivalente, ma ha voluto semplicemente enunciare il modo più proprio a determinare con precisione l'oggetto e l'estensione delle convenzioni *à forfait*. Infatti, dice la Corte, piani ed appalti sono stati sottoposti agli intraprenditori; questi hanno potuto, inoltre, constatare essi medesimi, dietro esame dei luoghi, la natura del suolo soggetto ai loro lavori e la gravità degli ostacoli da vincersi. A questo punto fermiamo la Corte. La considerazione ch'essa fa valere è presa fuori della legge. Se si potesse invo-

(1) Duranton, t. XVII, p. 250, n. 256, e tutti gli autori. Rigetto, 6 giugno 1827 (Dalloz, v. *Louage d'ouvrage*, n. 106).
(2) Rigetto, 13 agosto 1860 (Dalloz, 1861, 1, 105).

carla, l'art. 1793 non sarebbe mai applicabile. La legge non si contenta della conoscenza che gli intraprenditori possono ottenere, ma vuole una convenzione, un piano stabilito e concordato col proprietario del suolo. La sentenza dice che nulla è stato volontariamente nascosto agli intraprenditori. Noi domandiamo se questo fatto negativo può tener luogo d'un *piano stabilito e concordato*. Infine la Corte invoca contro gli intraprenditori i termini del loro contratto. Essi dichiaravano che le obbligazioni cui sottoscrivevano erano da loro assunte con cognizione di causa. Ci pare che il ricorso aveva ragione di dire che da fatti così constatati si doveva conchiudere che non vi erano piani stabiliti e concordati. La sezione delle richieste ha giudicato che la sentenza impugnata aveva fatto una giusta applicazione dell'art. 1793 (1). Essa disconosce che questa disposizione è eccezionale e che le eccezioni derogative ad un principio essenziale dei contratti sono della più rigorosa interpretazione.

72. Si vede come i tribunali ora si attengono al testo ed ora se ne allontanano, senza dubbio a seconda del favore che incontra la causa. La tendenza della giurisprudenza è di moderare il rigore della legge. Nell'esecuzione dei contratti *à forfait* per la costruzione d'una ferrovia si fanno sovente lavori che non hanno potuto essere preveduti al momento del contratto. Tali sono i lavori reclamati dai proprietarii degli appezzamenti espropriati. La Corte di Liegi ha giudicato che questi lavori non potevano essere considerati come aggiunte nel senso dell'art. 1793. Risulta dalla natura stessa del contratto, dice la sentenza, che il *forfait* non ha potuto cadere che sui lavori previsti e descritti al momento del contratto, come sulle modificazioni di dettaglio che la sua esecuzione potrebbe rendere necessarie. Gli è ben altrimenti dei lavori risultanti, sia dalle modificazioni all'infuori di ogni previsione, sia dalle esigenze dei proprietarii dei terreni acquistati e nell'interesse della coltivazione delle terre sulle quali fossero stati fatti dei lavori. Simili opere non possono essere considerate come facenti parte dell'impresa, donde segue che l'intraprenditore ha diritto di reclamare il prezzo (2). Se non si consulta che lo spirito della legge, non vi ha dubbio, ma il testo non comporta queste distinzioni, quando si ammetta che l'art. 1793 è applicabile ad ogni sorta di lavori. Ci pare questa una ragione decisiva per attenersi strettamente alla lettera della legge, la quale non parla che della costruzione *à forfait* d'un edifizio (n. 70).

73. La Corte di Bruxelles è andata più in là. Erano state fatte alla chiesa di Loeken alcune opere affatto estranee all'impresa

---

(1) Rigetto, 4 gennaio 1870 (DALLOZ, 1870, 1, 246).
(2) Liegi, 16 aprile 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 146).

e malgrado il divieto formale dell'architetto. L'intraprenditore ne reclamò il prezzo pel motivo che le opere erano utili, anzi necessarie. Egli invocava l'adagio che non permette di arricchirsi a spese altrui e domandava, conseguentemente, che lo Stato gli rimborsasse le spese fino a concorrenza della utilità e del profitto che ne ritraeva. La Corte ammette il principio, sulla fede degli autori più rispettabili i quali insegnano che il padrone è tenuto, anche quando la cosa fosse stata amministrata contro la sua volontà, ad indennizzare il gestore, se trae profitto dalla gestione. È quello che si chiama l'azione *de in rem verso* (1). La Corte dimentica che questa azione suppone che non sia intervenuto alcun contratto fra le parti. Ora, nella specie, non poteva trattarsi d'una gestione d'affari, ma invece dell'esecuzione d'un contratto d'impresa e dell'applicazione dell'art. 1793. La legge rifiuta ogni azione all'intraprenditore, anche quando fosse stato autorizzato dal proprietario a fare i lavori, se l'autorizzazione non è stata data per iscritto. E la Corte ammette l'azione quando vi era stato divieto formale da parte dell'architetto d'eseguire i lavori! In tal guisa si cancella dal codice l'art. 1793 facendo una falsissima applicazione dell'azione *de in rem verso*.

74. Le parti contraenti possono derogare alla disposizione dell'art. 1793? L'affermativa non ci pare dubbia. Se la legge fa eccezione ai principii che governano la forza obbligatoria delle convenzioni, è unicamente nell'interesse del proprietario. Questi può rinunciare ad un diritto stabilito soltanto in di lui favore. A maggior ragione l'intraprenditore può obbligarsi nel contratto *à forfait* a tutti i lavori da farsi e a tutti gli acquisti dei terreni necessarii alla sua impresa, colla espressa stipulazione che sosterrà da solo le spese eccedenti. Può egli reclamare un supplemento di prezzo per le spese impreviste dipendenti dalla natura dei lavori o risultanti da casi di forza maggiore? La Corte di cassazione ha giudicato ch'egli non aveva alcuna azione. Secondo la giurisprudenza da noi esposta, l'intraprenditore avrebbe potuto domandare un aumento di prezzo, ma la convenzione, anzichè derogare all'art. 1793, ne aveva accresciuto il rigore. Essa era in realtà aleatoria, e l'intraprenditore doveva subire i rischi ai quali si era sottoposto (2).

Le convenzioni delle parti possono derogare all'art. 1793 anche in favore dell'architetto. È detto nel contratto che il proprietario si riserva il diritto di fare, nel corso dei lavori, le variazioni, aggiunte e diminuzioni che stimerebbe convenienti mediante un prezzo fissato analogamente al prezzo del contratto. In questo caso, il proprietario consente anticipatamente a che

(1) Bruxelles, 3 dicembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 332).
(2) Cassazione, 28 gennaio 1846 (Dalloz, 1846, 1, 245).

l'intraprenditore reclami un aumento di prezzo per i lavori supplementari che saranno fatti col suo consenso. Rimane da provare questo consenso. La prova si farà secondo il diritto comune, e quindi per testi o per presunzioni, se vi ha un principio di prova per iscritto. In fatto, è stato giudicato che i giudici hanno potuto riconoscere questo principio di prova nella riserva contenuta nel contratto e nella quietanza constatante il pagamento di diversi lavori supplementari pei quali era necessaria l'autorizzazione. Quanto alle presunzioni, esse dipendono dalle circostanze della causa. Nella specie, il proprietario aveva comandato, sorvegliato e pagato i lavori, come pure li aveva sorvegliati il suo architetto, che aveva regolato i conti e ricevuto una retribuzione proporzionale sulla totalità delle opere eseguite. La Corte di cassazione respinse il ricorso contro la sentenza della Corte di Rennes che aveva giudicato in questo senso. Essa pone il principio che l'art. 1793 non è rigorosamente applicabile che alle convenzioni le quali riuniscono tutti i caratteri d'un *forfait* puro e semplice; esso non potrebbe essere esteso al caso in cui le parti, pur stipulando il *forfait*, vi abbiano aggiunto clausole e condizioni che lo modificano (1). Questo principio è fondato sul carattere eccezionale dell'art. 1793. Dal momento che non si è più nei termini dell'eccezione, si rientra nel diritto comune.

Vi ha una sentenza della Corte di cassazione del Belgio nello stesso senso. L'intraprenditore era stato sotto la sorveglianza e la direzione d'una Commissione investita dei poteri più estesi. Egli era obbligato, col suo contratto, ad eseguire tutte le variazioni che la Commissione giudicasse convenienti, in base ad un prezzo determinato anticipatamente dalla convenzione. Restava a sapere se le variazioni dovevano essere provate per iscritto. La sentenza impugnata aveva deciso la negativa fondandosi sull'intenzione delle parti contraenti, il che rendeva la decisione incensurabile (2). La Corte di Liegi ha dato un'altra interpretazione alla clausola che prevedeva le variazioni: essa ha giudicato che le variazioni dovevano, sebbene previste, essere autorizzate per iscritto (3). Ciò prova che la questione di fatto implica una questione di diritto, e il punto di diritto non è dubbio, come abbiamo già rilevato. La clausola che prevede variazioni pone la convenzione all'infuori dell'art. 1793, e va quindi soggetta al diritto comune.

75. Si presenta un'ultima difficoltà che trova identica soluzione per applicazione dello stesso principio. L'art. 1793 suppone che si tratti d'un *forfait* convenuto fra il proprietario e

---

(1) Rigetto, 6 marzo 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 266).

(2) Rigetto, 25 giugno 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 1, 410). Nello stesso senso, Gand, 13 luglio 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 101).

(3) Liegi, 8 maggio 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 278).

l'intraprenditore. Che dovrà dirsi se l'intraprenditore principale tratta con sub-intraprenditori? Questi contratti non sono previsti dal testo della legge, il che, a nostro avviso, decide la questione. Si cita in questo senso una sentenza della Corte di cassazione (1), ma i termini della sentenza sono restrittivi. Nella specie, i sub-contratti erano stati fatti verbalmente fra l'intraprenditore principale e i muratori, falegnami ed altri operai, incaricati d'eseguire certe parti del lavoro. L'intraprenditore principale si era contentato di comunicar loro il piano stabilito fra lui e il proprietario. La Corte insiste sulla circostanza che si tratta, non d'una deroga verbale ad una convenzione fatta per iscritto, caso previsto dall'art. 1793, ma d'una seconda convenzione verbale che veniva ad aggiungersi ad una convenzione della stessa natura e suscettibile d'essere provata nello stesso modo (2). Devesi indurre da questi termini restrittivi che, se l'intraprenditore avesse contrattato per iscritto, i sub-contratti sarebbero soggetti all'art. 1793? Secondo la nostra opinione, l'art. 1793 cessa d'essere applicabile dal momento che il proprietario non figura nella convenzione. Il testo lo dice, il che è decisivo quando si tratta d'una disposizione esorbitante dal diritto comune. E il testo è in armonia collo spirito della legge. Essa vuol proteggere i proprietarii ignoranti e creduli, e non è quindi applicabile ad intraprenditori che trattano con sub-intraprenditori.

§ VIII. — *Dell'art. 1798.*

76. « I muratori, falegnami ed altri operai, che sono stati impiegati alla costruzione d'un edifizio o di altra opera data in appalto, non hanno azione contro colui a vantaggio del quale si sono fatti i lavori che fino alla concorrenza di quanto si trova in debito verso l'intraprenditore nel tempo in cui intentano la loro azione « (art. 1798). Qual'è l'oggetto di questa disposizione? È un'applicazione dell'art. 1166? L'art. 1166 permette ai creditori d'esercitare tutti i diritti del loro debitore. In forza di questa disposizione, gli operai impiegati dall'intraprenditore possono agire contro il proprietario, se questi è debitore del loro debitore. Tale è il diritto *comune*. Ma, secondo l'art. 1166, gli operai che esercitassero i diritti dell'intraprenditore contro il proprietario non avrebbero un diritto esclusivo al credito; essi dovrebbero dividerne il beneficio cogli altri creditori del loro debitore. Si domanda se l'art. 1798 deroga a questo principio. Così ritiene l'opinione generale, salvo il dissenso di Delvincourt. Il testo lascia

(1) Aubry e Rau, t. IV, p. 536, nota 41, § 374.
(2) Rigetto, 3 agosto 1868 (Dalloz, 1869, 1, 228).

qualche dubbio. Esso non dice che gli operai hanno un diritto esclusivo al prodotto della loro azione, e si potrebbe conchiuderne che, non derogando la legge alla regola generale dell'art. 1166, questa rimane per ciò stesso applicabile. Ma così inteso, l'art. 1798 sarebbe inutile. A quale scopo ripetere nel l'art. 1798 quello che dice l'art. 1166? Vi ha di più: la disposizione non ha senso se non è che l'applicazione pura e semplice dell'art. 1166. Essa restringerebbe la regola generale di questo articolo limitandola agli operai, il che escluderebbe tutti coloro che non sono operai. Dal fatto che la legge non parla che degli operai bisogna conchiudere che essa ha voluto favorire il lavoro assicurando ai lavoratori il pagamento che è loro dovuto. Avviene ben di sovente che l'intraprenditore fallisca. Se gli operai restassero nel diritto comune, sarebbero creditori del fallimento, vale a dire non riceverebbero il pagamento del loro salario, poichè verrebbero per contribuzione sulla massa cogli altri creditori dell'intraprenditore. Questo risultato sarebbe ingiusto in quanto riguarda il credito dell'intraprenditore contro il proprietario. È il lavoro degli operai che ha procurato questo credito, è grazie al loro lavoro che questo credito si trova nella massa, e quindi è giusto ch'essi abbiano su questo credito un diritto esclusivo (1).

77. L'art. 1798 deroga al diritto comune, e quindi è di stretta interpretazione. La Corte di cassazione ha consacrato questo principio: « Emanato per proteggere il lavoro, l'articolo 1798 non è applicabile che agli operai reclamanti il prezzo della mano d'opera » (2). In un'altra sentenza, la Corte motiva il principio che domina la materia. « Permettendo agli operai d'agire contro il proprietario col quale non hanno contrattato, senza rivolgersi all'intraprenditore che, avendoli impiegati, è loro debitore personale e diretto, questo articolo ha consacrato un'eccezione che, come tale, deve essere contenuta nel suo scopo preciso ». Ne consegue che il diritto che la legge crea non può, pel suo carattere eccezionale, essere esercitato che da coloro in favore dei quali esso è specialmente stabilito. Ora, dai termini stessi dell'art. 1798 risulta che il legislatore ha avuto in vista gli operai propriamente detti, di cui, per un concetto di protezione e per un interesse di giustizia e d'umanità, si è proposto di garantire il salario. La Corte ne conchiude che l'azione istituita dall'art. 1798 è stabilita in favore del lavoro (3).

Il principio non potrebbe essere contestato, poichè si trova con-

---

(1) DURANTON, t. XVII, p. 257, n. 262. DUVERGIER, t. II, p. 427, n. 381. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 368, n. 251 *bis*. Douai, 30 marzo 1833 (DALLOZ, v. *Louage d'ouvrage*, n. 117, 1.°).

(2) Rigetto, 31 luglio 1867 (DALLOZ, 1868, 1, 25).

(3) Rigetto, sezione civile, 12 febbraio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 57). Due sentenze sulla relazione di PONT.

sacrato dal testo stesso del codice. Esso serve a decidere le difficoltà che si presentano nell'applicazione della legge. Il lavoro, e un lavoro manuale, è la condizione essenziale sotto la quale l'azione dell'art. 1798 può essere esercitata. Essa spetta ad ogni operaio, ma non spetta che all'operaio. Noi diciamo che ogni operaio può valersi del diritto eccezionale dell'art. 1798. La disposizione approfitta dunque ai padroni operai che, lavorando personalmente alla costruzione, si fanno aiutare da altri operai sotto i loro ordini. Essa può essere revocata anche dall'operaio che si è incaricato delle forniture accessorie alla materia sulla quale lavora. Questi creditori agiscono in forza d'un credito la cui causa prima e principale sta nel loro lavoro; essi hanno per sè il testo e lo spirito della legge. Qualunque sia il lavoro, l'art. 1798 è applicabile. È stato giudicato che coloro i quali fanno trasporti di sabbia coi loro cavalli e carri sono operai nel senso dell'art. 1798 (1).

Coloro che sono estranei alla mano d'opera non sono operai, e quindi non possono invocare il beneficio dell'art. 1798. Non vi ha alcun dubbio riguardo agli impiegati e commessi (2), ed a coloro che si limitano a fornire i materiali necessarii per la costruzione, senza fare un lavoro personale. Vi ha qualche incertezza nella giurisprudenza per quanto riguarda i sub-intraprenditori (3). La sentenza della Corte di cassazione, che ha così nettamente formulato il principio dominante della nostra materia, decide che i sub-intraprenditori non possono approfittare dell'art. 1798. Il testo resiste all'estensione che gli si vorrebbe dare. Esso parla degli *operai* di cui la legge vuole assicurare il salario. Ora, i sub-intraprenditori non sono operai; essi speculano, fanno una operazione commerciale. Quanto al lavoro manuale, essi lo fanno eseguire allo scopo di realizzare un beneficio sul medesimo. Nel caso giudicato dalla Corte, la distinzione fra l'operaio e l'intraprenditore era evidente. L'importo dei lavori eseguiti dai sub-intraprenditori oltrepassava la somma di centonovantaduemila lire. I sub-contraenti assumevano essi stessi la qualità d'intraprenditori di lavori pubblici. Essi contrattavano *à forfait* e facevano eseguire i lavori da numerosi operai. Questa speculazione, dice la Corte suprema, è ben diversa dalla modesta parte del lavoratore al quale la legge dà il nome d'operaio. Ma la questione non si presenta in tali termini. Vi hanno padroni operai che contrattano *à forfait*, come sub-intraprenditori, impiegano i loro operai, ma essi stessi partecipano all'opera. Devono essi essere considerati come intra-

---

(1) Bordeaux, 31 marzo 1854 (Dalloz, 1854, 2, 35), 22 agosto 1850 e 24 dicembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 103).

(2) Besançon, 16 giugno 1863 (Dalloz, 1863, 2, 103).

(3) Lione, 21 gennaio 1846 (Dalloz, 1846, 2, 157). Bordeaux, 30 novembre 1858 (Dalloz, 1860, 2, 32).

prenditori o come operai? La questione divide i tribunali. La Corte di Dijon ha giudicato che l'art. 1798 è applicabile ogni qualvolta gli operai sub-intraprenditori hanno lavorato personalmente o per mezzo dei loro operai. Questa decisione è stata cassata, sulle conclusioni contrarie dell'avvocato generale De Raynal. La Corte si attiene al principio d'interpretazione ch'essa ha formulato. La disposizione dell'art. 1798 essendo eccezionale, deve essere ristretta al caso speciale pel quale è stata creata. Estenderla significa stabilire l'ineguaglianza fra i diversi creditori, quando la legge vuole che tutti siano pagati per contribuzione. Nella specie, gli operai avevano fatto un contratto per un determinato prezzo; le stipulazioni di questo contratto davano alla loro cooperazione il carattere di speculazione e d'operazione industriale, non potevano essere confusi con operai che lavorano a cottimo od a giornata, e quindi l'art. 1798 era inapplicabile (1).

Così, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, l'operaio che si fa intraprenditore non può valersi dell'articolo 1798, e diviene intraprenditore quando è speculatore, commerciante o industriale. Le Corti d'appello estendono, al contrario, l'art. 1798 agli operai sub-intraprenditori. Si legge, in una sentenza della Corte di Besançon, che i cottimisti, padroni operai e sub-intraprenditori che organizzano e dirigono i cantieri e che preparano e seguono sul terreno stesso l'andamento e l'esecuzione dell'impresa, danno pure una cooperazione diretta e personale al lavoro materiale; che se impiegano altri operai, questi ultimi non sono che loro ausiliarii; che il loro beneficio sulla mano d'opera non è una speculazione, ma la rinumerazione del loro tempo e della loro *cooperazione all'impresa comune.* Ci pare che i considerandi della sentenza attestino contro la dottrina che la Corte sanziona. Essa estende il testo a tutti coloro che *cooperano* all'opera di costruzione, mentre l'art. 1798 limita il favore che accorda a coloro che vi *cooperano con un lavoro manuale.* Ciò diviene evidente per quello che la Corte soggiunge: « Il semplice operaio non porta nell'impresa che la sua mano d'opera, mentre il cottimista o il padrone operaio vi mette la sua industria, la sua esperienza, i suoi materiali, le sue anticipazioni e il suo credito; egli è il principale creatore del lavoro eseguito » (2). Si può dire altrettanto di ogni sub-intraprenditore, anche quando non mettesse mano all'opera. In tal modo si esce dal testo della legge per stabilire una regola molto più larga. L'interprete non ha questo diritto.

Si è negato, è vero, che il testo sia restrittivo. La disposizione, dice la Corte di Parigi, è generale. Essa non fa alcuna

(1) Cassazione, 11 novembre 1867 (DALLOZ, 1867, 1, 441). Nello stesso senso, rigetto, 14 luglio 1868 (DALLOZ, 1871, 5, 251, n. 5).
(2) Besançon, 16 giugno 1863 (DALLOZ, 1863, 2, 104).

distinzione fra i semplici operai, il cui lavoro manuale ha contribuito alla costruzione, e i sub-intraprenditori che impiegano essi stessi degli operai (1). Tanto vale negare l'evidenza. La legge non si contenta nemmeno della parola *operai*. Essa comincia col dire i *muratori*, *falegnami*, e poi soggiunge « e gli *altri* operai che sono stati impiegati alla costruzione d'un edifizio dato in appalto ». In tal modo la legge indica appunto che si tratta degli *operai* che hanno *costruito*, e quindi di coloro che hanno locato la loro mano d'opera, il che esclude gli intraprenditori, ma non esclude i padroni che lavorano coi loro operai e che, come questi, partecipano direttamente all'opera.

78. Quale è il diritto che l'art. 1798 accorda agli operai? La legge dice che essi non hanno azione contro colui a cui vantaggio si sono fatti i lavori che fino alla concorrenza di quanto questi si trova in debito verso l'intraprenditore nel tempo in cui intentano la loro azione. Ne consegue che, se il proprietario non è debitore dell'intraprenditore, gli operai non hanno azione. La ragione sta in ciò, che gli operai non hanno contrattato col proprietario; essi non sono suoi creditori, ma non fanno che esercitare il credito che il loro debitore, l'intraprenditore, ha contro il proprietario, il che suppone che questo credito sussiste, vale a dire che non è stato estinto col pagamento o con qualsivoglia altro modo d'estinzione delle obbligazioni. Se, come avviene ordinariamente, il proprietario ha fatto pagamenti parziali durante il corso dei lavori, il suo debito è estinto in parte, ed egli può opporre agli operai i pagamenti che ha fatti. Occorre che questi pagamenti abbiano data certa? No, perchè gli operai non sono terzi. Secondo la nostra opinione, è cosa evidente, poichè noi supponiamo che essi agiscono in forza dell'art. 1166, nel senso che esercitano i diritti dell'intraprenditore, loro debitore. Essi sono dunque gli aventi causa dell'intraprenditore, e quindi il proprietario può opporre loro le quietanze dell'intraprenditore in nome del quale essi agiscono (2).

79. Dal principio che gli operai esercitano il credito dell'intraprenditore contro il proprietario, segue ancora che, se l'intraprenditore ha ceduto il suo credito anteriormente all'azione degli operai, gli operai non hanno più azione, benchè il proprietario sia ancora debitore, ma egli non è più debitore dell'intraprenditore, è debitore del cessionario. Questo suppone che la cessione sia stata notificata al proprietario o da lui accettata. Finchè non vi è stata nè notifica nè accettazione della cessione, questa non esiste a riguardo del debitore, e quindi egli non può invocarla contro gli operai. L'intraprenditore conserva la sua azione contro il proprietario, e quindi anche gli

(1) Parigi, 10 febbraio 1847 (DALLOZ, 1847, 2, 35).

(2) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 334, n. 829 *ter* 1.°. Poitiers, 9 luglio 1863 (DALLOZ, 1863, 2, 151).

operai che esercitano i suoi diritti possono agire, e dal momento che agiscono hanno un diritto sul credito, diritto acquisito che non può loro essere tolto, per modo che il cessionario non potrebbe più notificare la cessione a loro danno. Così pure l'intraprenditore non potrebbe più cedere il credito in danno degli operai dopo che questi hanno intentato la loro azione. Essi hanno un diritto sul credito, in forza dell'art. 1798, dal momento che esercitano la loro azione contro il proprietario (1).

È stato giudicato che l'azione degli operai ha per effetto di sostituirli all'intraprenditore, di togliere a quest'ultimo l'azione e d'impedire ogni cessione ch'egli facesse ulteriormente dei suoi diritti. La stessa sentenza decide, e non è dubbio, che gli operai hanno diritto su tutto il credito, senza che vi sia luogo a dividerlo, per attribuirlo specialmente a certe categorie di lavori ai quali gli operai attori fossero rimasti estranei. La legge non distingue e non permette alcuna divisione di questa natura. Ogni operaio ha un diritto eguale sulla somma dovuta dal proprietario all'intraprenditore, e la divisione di questo credito ha luogo fra tutti gli aventi diritto, fatte le debite deduzioni in caso d'insufficienza (2).

Al contrario è di giurisprudenza che la cessione del credito anteriore all'azione degli operai può essere loro opposta, quand'anche l'intraprenditore avesse consentito la cessione prima dell'intiero compimento dei lavori. Si può vendere una cosa futura. Ora, il credito dell'intraprenditore, pei lavori che restano a farsi all'atto della cessione, è una cosa futura. L'intraprenditore può cederlo, purchè la cessione sia fatta in buona fede. S'egli cedesse il suo credito in frode degli operai, questi avrebbero l'azione pauliana (3). L'intraprenditore può cedere il suo credito anche prima di cominciare i lavori. Si è obbiettato a torto che una simile cessione aveva per oggetto una pura eventualità, una speranza incerta, e che dipendeva dal cedente impedirne la realizzazione. L'intraprenditore, aggiudicatario dei lavori, ha un diritto certo, sebbene futuro, e questo diritto non dipende dalla sua volontà, poichè egli è obbligato da un contratto ad eseguire i lavori (4).

Quest'ultima conseguenza che risulta dal principio consacrato dalla giurisprudenza ha fatto nascere dei dubbii sul principio medesimo. La legge ha voluto garantire agli operai il pagamento

---

(1) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 334, n. 829 *ter* 2.°. Lione, 21 gennaio 1846 (DALLOZ, 1846, 2, 157).

(2) Besançon, 16 gennaio 1863 (DALLOZ, 1863, 2, 103).

(3) Rigetto, 18 gennaio 1854 (DALLOZ, 1854, 1, 121). Cassazione, 11 giugno 1861 (DALLOZ, 1861, 1, 262). Parigi, 17 agosto 1863 (DALLOZ, 1863, 2, 150), e 14 dicembre 1865 (DALLOZ. 1866, 2, 22).

(4) Grenoble, 7 febbraio 1868 (DALLOZ, 1869, 2, 103). Cfr. Douai, 20 aprile 1861 (DALLOZ, 1871, 5, 251, n. 4).

di quanto è loro dovuto. Che cosa diviene questa garanzia se dipende dall'intraprenditore il toglierla loro con una cessione consentita prima che gli operai possano agire? Se ne è conchiuso che gli operai dovevano prevalere al cessionario (1). Rispondiamo che il punto di partenza di questa argomentazione non è esatto. La legge non ha avuto per oggetto di dare una garanzia completa agli operai, perchè essa non accorda loro alcun privilegio. Ora, è concedere un privilegio l'accordar loro il diritto d'essere pagati preferibilmente ai cessionarii. Ciò è decisivo contro l'opinione che combattiamo, perchè l'interprete non può certamente creare dei privilegi.

80. Il credito dell'intraprenditore contro il proprietario è stato sequestrato nelle mani di costui da un creditore dell'intraprenditore. Questo sequestro può essere opposto agli operai che agiscono posteriormente? La difficoltà sta nel sapere qual sia l'effetto del sequestro. Esso non spoglia l'intraprenditore del suo credito, non ne trasferisce la proprietà al creditore sequestrante. Ne consegue ch'esso non può recar pregiudizio al diritto degli operai. Essi possono egualmente sequestrare il credito del loro debitore, poichè questi resta creditore malgrado il sequestro. Rimane a sapere se essi saranno pagati per contribuzione coi creditori sequestranti. Gli operai al pari dei creditori sequestranti agiscono in forza del principio dell'art. 1166, ma l'articolo 1798 deroga al diritto comune in favore degli operai. Questi non dividono il prodotto della loro azione cogli altri creditori dell'intraprenditore, e quindi possono far valere il loro diritto contro i creditori sequestranti (2). Però la giurisprudenza ammette che, quando il sequestro è stato convalidato, i creditori hanno un diritto acquisito sul credito, diritto che non può più essere loro tolto dagli operai (3). Noi abbiamo emesso altrove l'opinione contraria (v. XVII, nn. 552 e 553). Il sequestro, sebbene convalidato, non attribuisce il credito ai creditori sequestranti. Ora, finchè il credito resta nel dominio dell'intraprenditore, gli operai possono esercitare il diritto che loro accorda l'art. 1798, preferibilmente agli altri creditori dell'intraprenditore.

81. L'art. 1798 limita l'azione degli operai contro il proprietario alla somma di cui il proprietario si trova debitore verso l'intraprenditore al momento in cui la loro azione è intentata. Che azione è questa? È un'azione diretta? La giurisprudenza è unanime in questo senso. Se per azione diretta s'intende che l'azione degli operai non è l'azione dell'art. 1166, siamo d'ac-

(1) Fremy-Ligneville, *Trattato della legislazione dei fabbricati*, t. I, n. 224. Vi ha una sentenza in questo senso della Corte di Montpellier del 24 dicembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 103).

(2) Mourlon, *Ripetizioni*, t. III, p. 334, n. 829 *quater*.

(3) Bordeaux, 31 marzo 1851 (Dalloz, 1857, 2, 35). Poitiers, 9 luglio 1863 (Dalloz, 1863, 2, 151). Parigi, 12 aprile 1866 (Dalloz, 1866, 5, 291).

cordo. Lo scopo dell'art. 1798 è precisamente di derogare al principio dell'art. 1166, attribuendo agli operai il beneficio esclusivo del credito dell'intraprenditore; ma essi non cessano di esercitare questo credito, poichè, per loro conto, non possono agire contro il proprietario, non avendo contrattato con lui. Si dirà che la legge accorda loro questa azione diretta come se fossero creditori personali del proprietario? Sarebbe una strana anomalia. Le obbligazioni non nascono, in generale, che da un contratto, da un quasi-contratto, da un delitto o da un quasi-delitto. Nella specie, vi ha un contratto, ma questo contratto non esiste che fra l'operaio e l'intraprenditore. L'operaio non ha dunque azione personale e diretta che contro l'intraprenditore col quale ha contrattato. Se può agire contro il proprietario, è soltanto pel credito che l'intraprenditore ha contro il proprietario, come dice l'art. 1798. Ecco perchè l'operaio non ha azione che fino a concorrenza di quanto è dovuto all'intraprenditore. Questa azione indiretta basta, in generale, per garantire il pagamento degli operai. Era inutile creare un'azione diretta derogando ai più essenziali principii delle obbligazioni. Vi ha una sentenza della Corte di cassazione che sembra conforme alla nostra opinione. La Corte dice che l'art. 1798 accorda agli operai impiegati dall' intraprenditore un' azione diretta per essere pagati preferibilmente ad ogni altro creditore sul prezzo dovuto a questo intraprenditore dal proprietario (1).

Questa azione è privilegiata? Si legge in tutte le sentenze pronunciate sulla materia che l'art. 1798 non attribuisce un privilegio agli operai. Bisogna intendersi bene. I proprietarii agiscono contro il proprietario. Questa azione non è privilegiata, nel senso ch'essi non hanno alcun diritto reale che accordi loro una preferenza contro terzi cessionarii. Se il credito dell'intraprenditore è stato ceduto anteriormente all'azione degli operai, questi saranno posposti al cessionario. In tal senso essi non hanno privilegio. Si è invocata, in favore degli operai, la legge del 22 piovoso anno II, che accorda un privilegio agli operai pel pagamento dei loro salarii sulle somme dovute agli intraprenditori dei lavori dello Stato, ma, appunto perchè questa legge crea un privilegio, non si può estenderla a casi ch'essa non prevede. Gli operai non possono dunque invocarla quando si tratta di lavori eseguiti per conto dei privati od anche dei comuni (2). Ma l'art. 1798 dà una preferenza agli operai a riguardo degli altri creditori dell'intraprenditore, perchè essi approfittano esclusivamente del beneficio dell'azione che intentano contro il proprietario, mentre, secondo il diritto comune,

(1) Cassazione, 11 giugno 1861 (Dalloz, 1861, 1, 262).
(2) Rigetto, 18 gennaio 1854 (Dalloz, 1854, 1, 121). Parigi, 12 aprile 1866 (Dalloz. 1866, 5, 291). Grenoble, 7 febbraio 1818 (Dalloz, 1869, 2, 103).

dovrebbero dividerlo cogli altri creditori. Sotto questo rapporto, la loro posizione è privilegiata (1).

L'azione degli operai contro il proprietario dà luogo anche ad un'altra difficoltà. Supponiamo che l'intraprenditore fallisca. Gli operai perdono, in questo caso, la loro azione contro il proprietario? Questo credito fa parte della massa. Essa è, come tale, la garanzia di tutti i creditori dell'intraprenditore. Gli operai conservano, a riguardo della massa, la preferenza che la legge accorda loro quando agiscono contro il proprietario? L'affermativa non è dubbia quando gli operai hanno intentato la loro azione prima della dichiarazione di fallimento, perchè la loro azione toglie all'intraprenditore il suo credito e dà agli operai un diritto acquisito, del quale il fallimento non può privarli. Non si deve andare più in là e dire che l'azione non è che l'esercizio d'un diritto che gli operai tengono dalla legge? E se la legge accorda loro questo credito, il fallimento dell'intraprenditore non può loro essere opposto. La giurisprudenza e la dottrina sono in questo senso (2). Vi ha però un dubbio. Si eccede la legge dicendo ch'essa accorda agli operai il credito dell'intraprenditore contro il proprietario, poichè l'intraprenditore ne può disporre finchè gli operai non agiscono. Ma lo spirito della legge ci fa propendere in favore dell'opinione generale. È vero che, secondo la nostra opinione, gli operai esercitano i diritti dell'intraprenditore, ma li esercitano con un diritto di preferenza. Ora, è precisamente per l'insolvibilità dell'intraprenditore che la legge dà azione agli operai contro il proprietario, e quindi bisogna conservarla loro quando l'intraprenditore fallisce.

82. I lavori pubblici hanno assunto uno sviluppo prodigioso in conseguenza della costruzione delle ferrovie, e quando le relazioni fra gli uomini si moltiplicano, crescono anche le liti. Ben di sovente le imprese o sub-imprese conducono a fallimenti di cui gli operai corrono rischio di essere le vittime. Il legislatore ha provveduto all'interesse degli operai quando essi trattano con un intraprenditore. Ma l'art. 1798 è lungi dal prevedere le difficoltà che le grandi imprese hanno fatto nascere. Vi ha un intraprenditore generale che tratta con sub-intraprenditori. Questi contrattano cogli operai. Se il sub-contraente è insolvibile, gli operai avranno un'azione contro l'intraprenditore? In forza del diritto comune, no, perchè essi non hanno contrattato con lui. Potranno intentare l'azione che la legge accorda agli operai impiegati dall'intraprenditore contro il proprietario? No, perchè essi non sono impiegati dall'intraprenditore, ma dai subcontraenti, i quali, alla loro volta, non hanno contrattato colla compagnia, di modo che l'art. 1798 è inapplicabile (3). Vi hanno

(1) Bordeaux, 30 novembre 1858 (DALLOZ, 1860, 2, 32).

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 537, e nota 48, e le sentenze che vi sono citate.

(3) La Corte di cassazione pare che dia azione agli operai che contrattano con

compagnie le quali stipulano, nei loro capitolati, che l'intraprenditore sarà tenuto ad eseguire le obbligazioni dei suoi sub-contraenti verso gli operai ed ogni terzo in generale. Questa clausola è valida. Dà essa azione contro l'intraprenditore ai terzi che non sono operai, come i fornitori di materiali? La validità della clausola non è dubbia. Si è obbiettato che era una stipulazione a favore di un terzo, e a questo titolo nulla. Si dimentica però che l'art. 1121 fa eccezione all'art. 1119, e l'eccezione si applica alla clausola in controversia. Si può stipulare a vantaggio d'un terzo quando tale sia la condizione contenuta in una stipulazione che si fa per sè stesso. Ora, la compagnia stipula per sè stessa, ed ha interesse a stipulare per gli operai. Dando loro un'azione contro l'intraprenditore, assicura il pagamento dei loro salarii. Gli operai diventano creditori personali dell'intraprenditore, e, a questo titolo, possono agire anche contro la compagnia. È il modo di procurarsi buoni operai. A chi profitta la clausola? Ciò dipende dai termini del capitolato. In un caso deciso dalla Corte di cassazione, il contratto stipulava in favore degli operai e dei terzi, in favore quindi di tutti coloro che contrattano coi sub-intraprenditori pei lavori di cui sono incaricati, e conseguentemente dei fornitori, i quali non approfittano dell'azione dell'art. 1798 (1).

Resta a sapersi quando vi ha stipulazione a profitto dei terzi. Il capitolato vieta talvolta agli intraprenditori di fare dei sub-appalti. Se il contratto aggiunge che gli intraprenditori saranno personalmente responsabili, in caso di violazione di questa clausola, tanto verso la compagnia che verso gli operai e i terzi, ne risulta una stipulazione a vantaggio di costoro, perchè la responsabilità imposta agli intraprenditori in favore degli operai ha per effetto di dare un'azione ai terzi contro gli intraprenditori. Questa azione non può essere che un'azione pel pagamento di ciò che è loro dovuto, nel caso che i sub-contraenti non paghino; vi ha quindi stipulazione a vantaggio dei terzi, e, per conseguenza, l'art. 1121 riceve la sua applicazione (2). Deve dirsi lo stesso se il capitolato vieta agli intraprenditori di assumere dei sub-contraenti senza dichiararli responsabili a riguardo dei terzi? La clausola è stata interpretata così, e la Corte di cassazione ha confermato l'interpretazione respingendo il ricorso (3). L'interpretazione ci pare forzata. Quando la compagnia vieta i sub-appalti, stipula nel proprio interesse. Essa vuole che gli intraprenditori trattino direttamente cogli operai, per avere una garanzia della buona scelta di

un sub-contraente contro l'intraprenditore generale. Cassazione, 27 aprile 1863 (DALLOZ, 1863, 1, 187).

(1) Rigetto, 28 gennaio 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 108).

(2) Cassazione, 7 febbraio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 83).

(3) Rigetto, 2 gennaio 1867 (DALLOZ, 1867, 1, 108). Cfr. rigetto, 17 giugno 1846 (DALLOZ, 1846, 1, 334).

questi. Essa non stipula nulla in favore degli operai coi quali, nonostante questa clausola, i sub-contraenti contrattano. Bisogna ricorrere a presunzioni per trarne simile conseguenza. Le sentenze di rigetto pronunciate dalla Corte di cassazione non possono essere considerate come una approvazione delle sentenze impugnate. Se la sezione delle richieste respinge il ricorso, è perchè le Corti d'appello hanno un potere sovrano d'apprezzare le convenzioni. L'interpretazione ch'esse sanzionano è al coperto da ogni censura.

PARTE TERZA.

Della locazione a soccida.

83. « La locazione a soccida è un contratto per cui una delle parti dà all'altra una quantità di bestiame perchè lo custodisca, lo nutrisca e ne abbia cura, a norma delle condizioni fra esse convenute » (art. 1800). L'art. 1711 dice, nello stesso senso, che « la locazione a soccida è quella de' bestiami il cui frutto si divide fra il proprietario e colui al quale furono affidati ». Questa definizione è meno esatta di quella dell'art. 1800. Non ogni locazione avente per oggetto animali è una soccida, come sembra dire l'art. 1711. Il testo stesso del codice prova il contrario. A termini dell'art. 1831, quando si dà una o più vacche perchè siano custodite ed alimentate, questo contratto è impropriamente chiamato soccida. Perchè? Perchè esso ha per oggetto animali isolati, che in diritto si chiamano corpi determinati, mentre il carattere distinto della soccida è d'avere per oggetto una *quantità di bestiame*, come dice l'art. 1800, vale a dire una collezione d'animali, il che, nel linguaggio della scuola, si chiama una universalità.

La definizione dell'art. 1800 differisce anche sotto un altro rapporto da quello dell'art. 1711. Questo parla d'una divisione dei frutti. Un tale carattere non si incontra in tutte le soccide. Nella soccida di ferro, i guadagni non vengono divisi (art. 1823). Era dunque meglio dire, come fa l'art. 1800, che i guadagni ritratti dal locatore, al pari di tutte le condizioni del contratto, dipendono dalle stipulazioni che le parti credono convenienti (1).

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 370, n. 253 *bis* I.

Le parole *a norma delle condizioni fra esse convenute* sembrano indicare che le parti sono libere di fare quelle stipulazioni che reputano migliori. Ciò sembra risultare anche dall'art. 1803, il quale dispone: « In mancanza di patti particolari, i contratti di soccida vengono regolati dai principii seguenti ». Tale è, infatti, il diritto comune. Però il codice vi deroga, come diremo più avanti, in favore dei socci. Esso proibisce certe clausole che sarebbero loro troppo svantaggiose. Gli economisti osservano che non vi ha condizione più miserabile di quella dei socci. L'ignoranza e la miseria li mettono alla mercè del locatore; essi si sottopongono a tutte le clausole, salvo a non eseguirle quando si trovano nell'impossibilità di soddisfare alle necessità della vita. Il legislatore ha stipulato per quegli infelici che non hanno realmente nè la libertà nè l'intelligenza bastante per vegliare ai loro interessi (1).

La parola *soccida* (*cheptel*), che designa il contratto, deriva, secondo l'opinione comune, dal latino del medio evo. Essa indicava ogni sorta d'effetti mobili, e specialmente di bestiame. Altri la derivano dalla parola *capitale*, presa in un altro senso, per indicare la prima stima che il locatore e il conduttore fanno del bestiame, e che forma il *capitale* affidato all'affittuario. Infine v'hanno coloro che fanno risalire la locazione a soccida fino ai tempi celtici, e dicono che la parola *chatal*, nella lingua dei Celti, significava un branco di bestie (2).

84. L'art. 1802 dice che « si può dare a soccida qualunque specie di bestiame che sia suscettibile di accrescimento o di utilità all'agricoltura o al commercio ». Questa disposizione deroga ad una dottrina dell'antico diritto riprodotta da Pothier. La soccida semplice dei porci era proibita, perchè il loro nutrimento è costoso e il profitto si limita all'accrescimento. Questo profitto era considerato come insufficiente per indennizzare il soccio delle sue spese e dei rischi che corre. Era una di quelle convenzioni che si vietavano perchè troppo onerose pel conduttore. Le condizioni economiche sono cambiate dopo il secolo decimottavo. In conseguenza del rincaro, sempre crescente, delle derrate alimentari, l'allevamento dei porci può presentare dei vantaggi al soccio, e quindi non vi era ragione di proibire il contratto *a priori*. Già nell'antico diritto la questione era dubbia. Il codice ha troncato la controversia conformemente al principio della libertà delle convenzioni (3).

85. L'art. 1801 dispone: « Vi sono più specie di soccida: la soccida semplice od ordinaria, la soccida a metà, la soccida coll'affittuario o col colono parziario. Evvi ancora una quarta

---

(1) DUVERGIER, t. II, p. 437, n. 390.

(2) MOURLON, t. III, p. 336, n. 833. DUVERGIER, t. II, p. 434, nota 2. DEMANTE, t. VII, p. 369, n. 253.

(3) POTHIER, *Trattato delle soccide*, n. 21. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 371, n. 255 *bis*.

specie di contratto chiamato impropriamente soccida ». Questi diversi contratti differiscono molto tra di loro, donde una difficoltà di classificazione. I contratti di soccida sono tutti contratti di locazione? Il relatore del Tribunato risponde che la soccida è una locazione di cose, poichè ha per oggetto degli animali. Essa partecipa della locazione rustica, in quanto gli animali producono frutti naturali. Partecipa anche della locazione d'opera, in quanto ha per oggetto, in parte, le cure che il conduttore è tenuto a prestare agli animali per nutrirli ed allevarli. Infine, dice Mouricault, la soccida diviene un vero contratto di società quando i bestiami sono forniti metà dal locatore e metà dal conduttore. Ciò è troppo assoluto. Ritorneremo sull'argomento trattando della soccida a metà.

CAPO I.

Della soccida semplice.

§ I. — *Nozioni generali.*

86. « La locazione a soccida semplice è un contratto per cui si danno ad altri dei bestiami per custodirli, nutrirli ed averne cura, a condizione che il conduttore percepirà la metà nell'accrescimento, e dovrà soggiacere altresì alla metà della perdita » (art. 1804). Tutti gli autori osservano che la definizione dell'art. 1804 è incompleta. Il soccio profitta non solo della metà dell'accrescimento, ma anche della metà della lana, e ha un diritto esclusivo al latte, al concime ed al lavoro degli animali (art. 1811). D'altra parte la definizione è inesatta quando dice che il conduttore sopporta la metà della perdita. Ciò non è vero che della perdita parziale. La perdita totale sta a carico del locatore, e non si può nemmeno stipulare che il soccio sopporterà la perdita totale della soccida, sebbene avvenuta per caso fortuito e senza sua colpa. Ritorneremo su tutti questi punti.

87. La soccida semplice è una locazione od una società? Pothier dice che si può considerarla come un contratto di società di bestiame, ma per ravvisarvi una società è obbligato a ricorrere ad una finzione. Sono i bestiami che formano il fondo sociale. Ora, il solo locatore li fornisce. Ma, dice Pothier, si ritiene ch'egli li fornisca tanto per sè quanto pel conduttore; la metà per sè in suo nome e l'altra metà pel conduttore, al quale ne fa l'anticipazione. Secondo questa teoria, il conduttore diviene

proprietario della soccida per metà. Il codice ha consacrato questa finzione; esso si attiene alla realtà delle cose. Solo il locatore fornisce la soccida, e ne conserva la proprietà (art. 1805). Non vi ha dunque un fondo comune, e quindi non vi ha società. Non vi ha che un elemento sociale, in quanto le parti dividono i beneficii e le perdite, ma anche questo elemento manca per il latte, il concime ed il lavoro degli animali. Bisogna dunque dire, col relatore del Tribunato, che l'elemento della società non è che secondario. Il contratto principale è una locazione, una specie di locazione di servizio. Il conduttore loca i suoi servizii per la custodia, il nutrimento e le cure che presta alla soccida del locatore. Il prezzo della locazione consiste nei piccoli profitti che abbiamo enumerati. La metà dell'accrescimento è un supplemento del prezzo (1).

88. Noi diciamo che il locatore conserva la proprietà della soccida. Ciò risulta dall'art. 1805, il quale dispone: « La stima data ai bestiami nel contratto di locazione non ne trasferisce la proprietà al conduttore, essa non ha per oggetto che di determinare la perdita o il guadagno che potrà risultarne, finita la locazione ». Ordinariamente si dice che la stima equivale a vendita. Ciò non è vero se non quando tale sia l'interesse e, quindi, la volontà delle parti contraenti. Ora, nel contratto di soccida, chi riceve gli animali ha interesse a non divenir proprietario, perchè, se lo divenisse, sopporterebbe la perdita della soccida. Il locatore ha, è vero, un interesse contrario, ma a che gli servirebbe l'azione che avrebbe contro il soccio in caso di perdita, poichè la condizione miserabile del conduttore non gli permetterebbe di pagare la stima? Se si fa una stima, non è per vendere la soccida, ma per determinare il beneficio o la perdita che si troveranno alla fine della locazione, confrontando il valore fissato nel contratto con quello che si constata quando il contratto finisce. La soccida è stimata mille lire. Alla fine della locazione essa vale milleduecento. Vi ha un guadagno di duecento lire da dividere. Se non vale più che ottocento lire, le parti divideranno la perdita di duecento lire (2).

89. Dal principio che il locatore resta proprietario e che il conduttore è incaricato della custodia dei bestiami (articoli 1805 e 1804) segue che il soccio è debitore d'un determinato corpo, dei bestiami che gli sono consegnati e che, per conseguenza, deve conservarli colle cure d'un buon padre di famiglia (articolo 1806). È l'applicazione della regola stabilita dall'art. 1137. Il soccio risponde della colpa lieve. Egli non risponde del caso fortuito. La ragione sta in ciò, ch'egli adempie la sua obbligazione conservando la soccida colle cure d'un buon padre di

(1) POTHIER, *Trattato delle soccide*, nn. 2 e 3. MOURICAULT, *Relazione*, n. 21 (LOCRÉ, t. VII, p. 208).

(2) DURANTON, t. XVII, p. 262, n. 270 e tutti gli autori.

famiglia, e quindi è liberato dalla sua obbligazione di restituire quando la soccida viene a perire per caso fortuito. È l'applicazione del principio dell'art. 1302. Non vale invocare l'adagio che la cosa perisce pel proprietario. Abbiamo detto più volte che questo adagio non è applicabile quando la cosa che perisce forma l'oggetto d'una obbligazione. L'art. 1807 fornisce una nuova prova. Se il caso fortuito è stato preceduto da qualche colpa del soccio, senza la quale la perdita non sarebbe avvenuta, egli ne sarà responsabile, e quindi sarà tenuto alla perdita, quantunque non sia proprietario. La ragione sta sempre nel principio dell'art. 1302? Debitore d'un determinato corpo, il soccio è tenuto alla perdita che avviene per sua colpa. Ora, quando il caso fortuito è stato preceduto da una colpa, è imputabile al conduttore, e quindi il conduttore ne deve rispondere.

Resta a sapere chi deve provare il caso fortuito e la colpa. L'art. 1808 risponde: « In caso di contestazione, il conduttore deve provare il caso fortuito, e il locatore la colpa da lui imputata al conduttore ». È l'applicazione dei principii che reggono la prova. L'art. 1302 applica questi principii al caso della perdita del corpo determinato che forma l'oggetto d'una obbligazione: « Il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega ». Ora, il soccio è debitore dei bestiami che deve restituire alla fine della locazione. Se non li restituisce, deve provare il caso fortuito che glielo impedisce e che lo libera. Quando è data questa prova, l'obbligazione del soccio rimane estinta, conformemente all'art. 1302. Ma il locatore è ammesso a provare che il caso fortuito è stato prodotto da una colpa del conduttore e che, per conseguenza, questo è responsabile della perdita. Questa eccezione lo costituisce attore, e conseguentemente egli sarà tenuto a provarla (art. 1315) (1).

L'antica giurisprudenza si era allontanata da questi principii. Essa metteva la prova della negligenza del soccio a carico del locatore, e se questi non arrivava a darla, il soccio era liberato (2). Era senza dubbio per considerazioni d'equità che i giudici si pronunciavano in favore dei miserabili socci, ma il diritto non può cedere alla compassione. Ecco perchè gli autori del codice hanno creduto di dover richiamare i veri principii ch'essi avevano già sanzionati negli articoli 1732 e 1733.

90. Quando si dice che il caso fortuito libera il debitore d'un determinato corpo, si suppone che la perdita sia totale. Se ne resta qualche cosa, è sottinteso che il proprietario vi ha diritto, poichè è la sua cosa che perisce. L'art. 1809 applica questo principio al soccio. Quantunque liberato dal caso fortuito, egli è tenuto a render conto delle pelli delle bestie. La legge

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 373, n. 261 *bis*.
(2) Cfr. DURANTON, t. XVII, p. 264, n. 272.

non dice che il conduttore deve restituirle, perchè può darsi che la restituzione sia impossibile. Tali sarebbero i casi in cui gli animali fossero stati rubati o fossero periti in un incendio, ovvero fossero morti d'una malattia contagiosa. In quest'ultima ipotesi, gli animali vengono sotterrati per misura di polizia.

91. In qual senso il conduttore è liberato dal caso fortuito? L'art. 1810 distingue: « Se il bestiame perisce interamente senza colpa del conduttore, la perdita ricade a danno del locatore. Se non ne perisce che una parte, la perdita resta a carico comune, ragguagliata al prezzo della stima all'inizio ed a quello della stima al termine della locazione ». Perchè il soccio sopporta la perdita parziale, mentre non sopporta la perdita totale? Tutti gli scrittori criticano questa disposizione. Essa deroga alla dottrina di Pothier, la quale insegnava che il conduttore e il locatore dovevano sempre sopportare la perdita in comune, fosse essa parziale o totale. Questo sistema era più logico che quello del codice. Non vi ha alcun motivo giuridico della distinzione ch'esso fa tra la perdita totale e la perdita parziale. Si può tutt'al più spiegarla con una considerazione d'equità; ma l'equità e la giustizia richiedono ben altro: esse sono in favore d'una terza opinione che si sosteneva nell'antico diritto. Il codice chiama la soccida semplice locazione. Bisogna dunque applicare, in caso di perdita, i principii che reggono la locazione delle cose. Ora, il contratto di locazione si risolve per la perdita della cosa locata (art. 1741), salvo l'azione del locatore contro il conduttore se questi è in colpa, e se la cosa locata non è distrutta che in parte, il conduttore può, secondo le circostanze, chiedere lo scioglimento della locazione od una diminuzione del prezzo. Così, in nessuna ipotesi, la perdita sta a carico del conduttore. Perchè accade altrimenti nella soccida? Se ne cercherebbe invano la ragione. Il sistema del codice è anche molto pericoloso. Se il bestiame minaccia di perire per la massima parte, il conduttore è interessato a non salvare le bestie che potrebbe salvare. Egli ha interesse a che la perdita sia totale, perchè, in questo caso, essa colpisce il locatore (1).

92. Quando la perdita è totale? Bisogna applicare i principii che reggono le universalità. È un branco di bestie che forma l'oggetto del contratto, non sono capi considerati individualmente, donde segue che la perdita è totale, quand'anche restassero alcuni capi, se questi non bastano per costituire un branco. Quanti capi occorrono per costituire un branco? La legge non lo dice: spetta ai giudici decidere la questione consultando gli usi (2).

93. Quando la perdita è totale, il contratto rimane disciolto. Il locatore non può reclamare alcuna indennità, quand'anche vi fosse

(1) DURANTON, t. XVII, p. 267, n. 274, e tutti gli autori.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 375, n. 263 *bis* II.

stata prima della perdita, una divisione dell'accrescimento. Si può obbiettare che il conduttore non ha diritto all'accrescimento che a titolo di guadagno. Ora, non vi ha più guadagno quando tutto il bestiame viene a perire. Questa interpretazione sarebbe troppo rigorosa. La legge dice in termini assoluti che la perdita totale sta a carico del locatore, il che è quanto dire che questi non ha alcuna azione contro il soccio.

Quando la perdita è parziale, il contratto sussiste. Il conduttore perderà una parte del suo godimento, e dovrà ciò non ostante indennizzare il locatore d'una metà della perdita. Ma la stima della perdita non si fa che alla fine della locazione. Se, a quel tempo il bestiame è ricostituito, non vi sarà perdita, e quindi il conduttore non dovrà alcuna indennità al locatore (1).

§ II. — *Delle clausole proibite.*

94. « Non si può stipulare che il conduttore soffrirà tutta la perdita del bestiame, sebbene avvenuta per caso fortuito e senza sua colpa » (art. 1811). È questa una deroga al diritto comune. L'art. 1772 permette di stipulare che il conduttore si assoggetterà ai casi fortuiti. In tal caso, il contratto è aleatorio, e naturalmente il conduttore stipula alla sua volta dei vantaggi che compensano i rischi di perdita ai quali si espone. Perchè la legge vieta al soccio ciò che permette all'affittuario? Ne abbiamo detta la ragione. Essa vuole premunire i socci contro la loro ignoranza e la loro miseria.

L'art. 1811 proibisce ancora di stipulare « che il conduttore avrà nella perdita una parte maggiore che nel guadagno ». E, per conseguenza, essa proibisce anche la clausola che autorizzasse il locatore « a prelevare, in fine della locazione, qualche cosa oltre il bestiame dato a soccida ». Questo prelevamento si farebbe sull'accrescimento, e, per conseguenza, il soccio non approfitterebbe più della metà del beneficio, mentre sopporterebbe sempre la metà della perdita. Questa diseguaglianza vizia un contratto nel quale l'una delle parti, per la sua posizione dipendente, si trova alla mercè dell'altra.

La legge proibisce la clausola che facesse sopportare al conduttore una parte maggiore nella perdita che nel guadagno. Essa vuole dunque una eguaglianza proporzionale; donde segue che le parti potrebbero convenire che il soccio non avrà che un terzo nei beneficii e non sopporterà che un terzo nella perdita. È questa l'opinione generale, salvo il dissenso di Delvincourt,

(1) MARCADÉ, t. VI, p. 548, n. II dell'art. 1810. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 375, n. 263 *bis* III.

sul quale è inutile soffermarsi. Per ciò solo che la convenzione non è vietata, deve ritenersi permessa. D'altronde essa è in armonia collo spirito della legge, poichè l'eguaglianza proporzionale è rispettata (1).

95. L'art. 1811 sanziona questi divieti a pena di nullità: « Ogni convenzione di tale natura è nulla ». In qual senso vi ha nullità? È nulla solamente la clausola, ovvero tutto il contratto di soccida? Il testo decide la difficoltà. La legge annulla la clausola, e quindi mantiene il contratto. Si obbietta che la clausola vietata è una condizione della locazione e che la nullità della condizione rende nulla la convenzione che ne dipende (art. 1172). Ciò sarebbe vero se realmente la clausola, nell'intenzione delle parti contraenti, formasse una condizione del contratto; ma la legge non la considera così. Sarebbe dunque per deroga alla legge che la clausola vizierebbe il contratto; bisognerebbe che il soccio provasse che tale è stata la volontà delle parti. Nel silenzio del contratto, il soccio non può chiederne la nullità per le clausole vietate ch'esso contiene. Quale sarà dunque la conseguenza della nullità? Ciò che è nullo non produce alcun effetto, e quindi le clausole vietate si riterranno come non stipulate e, per conseguenza, le parti resteranno sotto l'impero delle regole formulate dal codice civile (2).

96. L'art. 1811 soggiunge: « Il conduttore profitta egli solo del latte, del concime e del lavoro del bestiame dato a soccida. La lana e l'accrescimento si dividono ». Si domanda se le parti possono derogare a queste ultime disposizioni dell'art. 1811. Non vi ha dubbio quanto all'accrescimento (n. 94), nè, conseguentemente, per la lana. Questi sono beneficii che si dividono, in generale, per metà, perchè il conduttore sopporta anche la metà della perdita. Ma le parti possono derogare alla proporzione, purchè l'eguaglianza sia sempre osservata. Il dubbio esiste per i piccoli lucri che il codice attribuisce al soccio, come il latte, il concime, il lavoro degli animali. Nell'antico diritto ogni clausola derogatoria era considerata come iniqua, vale a dire nulla. Pothier dice: « Sarebbe parimenti iniquo nel contratto di soccida il togliere al conduttore qualche cosa dei guadagni sul latte, sul concime, sul lavoro delle bestie, guadagni che gli sono accordati dalle consuetudini per le spese di mantenimento e di custodia. Secondo questo principio, le clausole colle quali il locatore stipula che il conduttore gli darà una certa quantità di formaggi, o di libbre di burro, o qualche carro di concime, sono clausole illecite » (3). Il codice ha

(1) Duvergier, t. II, p. 450, n. 405.
(2) Marcadé, t. VI, p. 552, n. II dell'art 1811. Cfr. Duranton, t. XVII, pagina 276, n. 279.
(3) Pothier, *Trattato delle soccide*, n. 26.

mantenuto la tradizione? La questione è controversa. A nostro avviso, il testo dell'art. 1811 la risolve. Esso enumera le clausole che colpisce di nullità; poscia la legge si occupa dei diritti del soccio. Non si tratta più di clausole proibite, e quindi si resta sotto l'impero del diritto comune. Ora, il diritto comune, in materia di contratti, è la libertà. Le parti contraenti possono derogare alle disposizioni del codice, perchè il codice non impone loro le regole che stabilisce, ma prevede soltanto ciò che le parti vogliono, e permette loro, conseguentemente, di volere una cosa diversa da quello che dice la legge. Nel contratto di soccida, la legge deroga a questo principio, ma, appunto per ciò, simili derogazioni vanno interpretate col maggior rigore. Non si possono ammettere altri divieti all'infuori di quelli che la legge stabilisce. Ciò decide la quistione. Invano si dice che l'art. 1811, nel modo come è redatto, implica una proibizione. È vero che a termini dell'art. 1811 il *solo* conduttore profitta del latte, del concime e del lavoro degli animali; ma ciò non vuol dire che sia vietato ai contraenti di accordare al locatore una parte in questi profitti. La parola *solo* deve essere combinata colla disposizione che segue secondo la quale la lana e l'accrescimento *si dividono*. In altri termini, vi hanno profitti che entrambe le parti dividono, e ve ne sono altri che spettano al soccio. La legge permette di derogare alla divisione per metà. Perchè vieterebbe essa di derogare al diritto esclusivo del conduttore? Il testo, in ogni caso, non vi si oppone. Ora, quello che in questa materia, non è vietato, è per ciò appunto permesso. Si fanno anche altre obbiezioni, sulle quali crediamo inutile soffermarci, perchè ad esse già fu dato risposta, e, a nostro avviso, in modo perentorio (1).

§ III. — *Diritti delle parti.*

97. « Il conduttore non può disporre di alcun animale della mandria, tanto se appartenga al capitale della soccida quanto all'accrescimento, senza il consenso del locatore, il quale pure non può disporne se non ha il consenso del conduttore » (art. 1812). Che il conduttore non possa disporre d'una delle bestie che costituiscono il capitale, si comprende. La mandria resta proprietà del locatore; il conduttore è obbligato a custodirla e a conservarla, per restituirla alla fine della locazione, e quindi egli non ha alcun titolo

(1) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 377, n. 265 *bis*. In senso contrario, MARCADÉ, t. VI, p. 550, n. I dell'art. 1811, il quale non manca di chiamare erronea l'opinione contraria di DUVERGIER (t. II, n. 408) e d'AUBRY e RAU (t. IV, p. 539, nota 4). Dobbiamo soggiungere che gli editori di ZACHARIAE hanno abbandonato la prima opinione.

per disporne. Quanto all'accrescimento, il soccio ne profitta per metà, ma questo diritto non si verifica che colla divisione, fino alla quale il conduttore non ha che un diritto di comproprietà. Ora, il comunista non può vendere la cosa comune. Vi è anche una ragione particolare alla soccida la quale si oppone a che il conduttore possa disporre d'un capo dell'accrescimento, ed è ch'egli non vi ha un diritto eventuale. Soltanto al termine della locazione si saprà se vi ha accrescimento, vale a dire se vi ha un beneficio da dividere, e quindi il conduttore non può disporre della cosa durante la locazione, perchè può darsi ch'egli non vi abbia alcun diritto.

La legge vieta altresì al locatore di disporre dell'accrescimento, quantunque egli vi abbia, in ogni caso, un diritto eventuale, sia come beneficio, sia come capitale. Ma vi ha sempre una ragione che si oppone all'alienazione dei capi dell'accrescimento, ed è che il conduttore vi ha un diritto eventuale a titolo di beneficio. La legge non vuole che il locatore comprometta il diritto del conduttore disponendo dell'accrescimento. Se realmente l'accrescimento costituisce un profitto, il locatore disporrebbe di ciò che non gli appartiene. In un certo senso però si deroga al diritto comune. Il comunista può alienare il suo diritto indiviso, può alienare anche la cosa sulla quale ha un diritto indiviso, salvo che la validità dell'alienazione dipenderà dalla divisione. Se la legge rifiuta questo diritto al locatore, lo fa per prevenire le difficoltà alle quali l'alienazione darebbe luogo. Vediamo quali sono queste difficoltà nel caso in cui una delle parti alienasse individui del capitale o dell'accrescimento, malgrado il divieto del codice.

98. Il conduttore dispone d'un capo di bestiame senza il consenso del locatore. Potrà costui rivendicare la cosa contro l'acquirente? No, se il compratore è in buona fede. È questa l'applicazione del principio che in fatto di mobili il possesso vale titolo (art. 2279). I mobili non si rivendicano contro un possessore di buona fede, a meno che non si tratti di cose rubate. Ora, il fatto del conduttore di vendere un capo di bestiame non costituisce un furto; il che è decisivo. Certe consuetudini recavano una disposizione contraria. Siccome questo diritto di rivendicazione comprometteva l'interesse dei terzi, che è un interesse generale, un editto del 1713 prescrisse la pubblicità dei contratti di soccida mediante una pubblicazione nell'albo, per avvertire i terzi del pericolo che li minacciava trattando coi socci. Non avendo il codice riprodotto nè l'eccezione nè la disposizione dell'editto, bisogna conchiuderne che le parti interessate rimangono sotto l'impero del diritto comune (1).

99. Quando chi dispone d'un capo di bestiame è il locatore,

(1) DUVERGIER, t. II, p. 456, n. 414. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 278, n. 266 *bis* I.

la questione si complica. Bisogna anzitutto distinguere se il capo alienato appartiene al capitale o all'accrescimento. Se il locatore dispone d'un individuo del capitale, e lo consegna al compratore, non vi ha dubbio che questi è al coperto da ogni rivendicazione. Infatti, il conduttore non è proprietario, e quindi non ha alcuna azione contro il terzo acquirente. Se egli agisse, il convenuto avrebbe due eccezioni per respingerlo. Anzitutto l'attore non ha nè proprietà nè diritto reale sulla cosa; inoltre, in fatto di mobili, il possesso vale titolo, supposto però che il compratore sia in buona fede. Ma che dovrà dirsi s'egli ha notizia della soccida? In questo caso non può più invocare la massima che in fatto di mobili il possesso val titolo. Può egli respingere l'azione allegando che il conduttore non è proprietario? Secondo il diritto comune, lo potrebbe. Il codice deroga al diritto comune nel caso in cui il locatore vende l'immobile locato. Il compratore deve rispettare la locazione. Questa disposizione si applica al soccio? La negativa ci pare certa. È un'eccezione, e quindi non può essere estesa a casi che la legge non prevede. Invano si dice che è ragionevole applicarla per analogia; l'analogia non basta per estendere disposizioni eccezionali, e d'altronde i motivi non sono identici. L'interesse dell'agricoltura, che spiega la deroga dell'art. 1743, non può essere invocato dal soccio. Vi ha quanto meno una differenza, e considerevole. Tuttavia la maggior parte degli scrittori si pronunciano per l'applicazione dell'art. 1743 (1).

La stessa difficoltà si presenta quando il locatore ha alienato i capi della soccida senza averli consegnati. In questo caso, l'art. 2279 è fuori di questione. Resta a sapere se il soccio può invocare l'art. 1743 per mantenere la sua locazione contro l'acquirente. Secondo l'opinione generale, egli ha un tal diritto.

100. L'alienazione dell'accrescimento solleva un'altra difficoltà. L'accrescimento forma una comproprietà indivisa, e quindi quello dei comproprietarii che aliena un capo vende la cosa altrui per quanto riguarda la parte del suo comproprietario. Può questi rivendicare in forza del suo diritto di comproprietà? No, se il compratore è di buona fede. Se è in mala fede, il comproprietario che non ha consentito alla vendita potrà agire contro l'acquirente per conservare il suo diritto. Se la cosa non fosse stata consegnata al compratore, il comproprietario che non ha consentito alla vendita potrebbe domandare la nullità, per impedire una tradizione che compromette il suo diritto (2).

101. L'art. 1812, disponendo che nessuna delle parti contraenti

---

(1) Vedi le citazioni in MARCADÉ, t. VI, p. 551, n. II dell'art. 1811. Bisogna aggiungere COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 379, n. 266 *bis* III.

(2) COLMET DE SANTERRE, p. 380, n. 266 *bis* V.

può vendere bestie della mandria senza il consenso dell'altra, dice, in altri termini, che il consenso di entrambe le parti è necessario perchè la vendita possa farsi; donde segue che, se l'una delle parti propone di vendere e l'altra rifiuta, la vendita non potrà aver luogo. Però si ammette generalmente che, in questo caso, la parte che vuol vendere può rivolgersi all'autorità giudiziaria la quale potrà ordinare la vendita quando sia vantaggiosa. Era questa l'opinione di Pothier. Egli suppone che le bestie siano vecchie e che sia nell'interesse comune di venderle per sostituirle con capi giovani. Il soccio propone di venderle, il locatore rifiuta: il conduttore potrà allora citarlo per far ordinare la vendita dall'autorità giudiziaria. Pothier accorda al soccio anche un'azione per danni e interessi contro il locatore, se questi, col suo rifiuto, avesse lasciato passare il tempo della vendita (1). La maggior parte degli scrittori moderni riproducono questa dottrina (2), ma a noi pare molto dubbia. La tradizione non ha alcuna autorità in questa materia, poichè gli autori del codice non l'hanno riprodotta. Non si potrebbe ammetterla che nel caso risultasse dai principii, ma essa è al contrario in opposizione con un principio fondamentale del nostro diritto. Nessuno può essere costretto a vendere. Ora, il locatore è proprietario della mandria, ed entrambe le parti hanno una proprietà indivisa dell'accrescimento. Nessuna di esse può dunque essere costretta dall'altra a vendere capi della mandra, nè si concepisce come l'autorità giudiziaria possa costringere il locatore a vendere ciò che gli appartiene, nè il conduttore a consentire alla vendita, quando non gli piaccia di vendere. Occorrerebbe all'uopo una formale disposizione della legge, ma la legge dice piuttosto il contrario, il che è decisivo (3).

102. Quali diritti hanno i creditori del locatore e del conduttore sul bestiame? Possono essi sequestrarlo? Pothier insegnava che i creditori del locatore potevano sequestrare il bestiame. La ragione è semplice. Il bestiame è proprietà del locatore, e i creditori possono sequestrare tutti i beni del loro debitore. È vero che il locatore si è obbligato a far godere al conduttore la mandra, ma il contratto non genera che un vincolo personale fra le parti. Il conduttore non acquista alcun diritto sulla cosa, e non può opporre il suo diritto di credito ai compratori che acquistano la proprietà colla vendita che il locatore fa loro (4). Questa opinione deve essere ancora seguita sotto l'impero del codice civile? Gli autori dicono che l'art. 1743 deroga all'antico diritto. Noi abbiamo già risposto all'obbiezione. La disposizione dell'art. 1743 è affatto eccezionale: essa non

(1) Pothier, *Trattato delle soccide*, n. 36.
(2) Aubry e Rau, t. IV, p. 539, nota 6, § 375.
(3) È l'opinione di Troplong, n. 1140.
(4) Pothier, *Trattato delle soccide*, n. 68.

parla che della locazione degli immobili, e quindi non si può estenderla alla locazione a soccida. Duranton ha un altro argomento, che Duvergier trova molto ingegnoso. Il conduttore può dire ai terzi acquirenti: O riconoscete l'esistenza della locazione, o io vi oppongo la massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo. Il terzo acquirente risponderà: Io riconosco la locazione, ma non sono tenuto a rispettarla, perchè essa non attribuisce alcun diritto reale al conduttore. Bisogna dunque sempre far capo all'art. 1743. Dà esso un diritto reale al conduttore? No. Permette ad ogni conduttore d'opporre la propria locazione all'acquirente? No. Dunque si resta sotto l'impero del diritto comune (1).

Quanto ai creditori del conduttore, è certo ch'essi non possono sequestrare il capitale della soccida, poichè il bestiame non appartiene al loro debitore. Se lo sequestrassero, il locatore potrebbe opporsi alla vendita. È il diritto comune (cod. di proc., art. 608). Non vi ha difficoltà che per l'accrescimento. Entrambe le parti vi hanno un diritto eventuale, poichè esso si divide fra il locatore e il conduttore. I creditori del conduttore possono dunque sequestrarlo, salvo al locatore domandare la distrazione. In questo caso, le parti dovranno procedere alla divisione, e il sequestro sarà limitato ai capi caduti nel lotto del conduttore (2).

103. Il bestiame può esser dato all'affittuario di altra persona? Si domanda se, in questo caso, il proprietario del fondo può sequestrarlo. L'affermativa è certa, perchè il bestiame fornisce il fondo, e il proprietario ha un privilegio su tutto ciò che serve alla coltivazione del fondo (art. 2102, e art. 20 della legge ipotecaria). Tuttavia la legge dà al proprietario del bestiame un mezzo di tutelare il suo diritto di proprietà. L'art. 1813 dispone: « Quando il bestiame è dato all'affittuario altrui, deve essere notificato al proprietario del fondo senza di che questi può sequestrarlo e farlo vendere per quello che il suo affittuario gli deve ». Per principio, il proprietario esercita il suo privilegio su ciò che fornisce il fondo e su ciò che serve alla sua coltivazione, anche quando le cose che gli valgono di garanzia non fossero proprietà dell'affittuario. Tuttavia il privilegio cede davanti alla proprietà, sotto le condizioni determinate dalla legge. Secondo la nostra legge ipotecaria, il venditore non pagato vien preferito al locatore, purchè abbia fatto conoscere il suo diritto al locatore all'atto del trasporto dei mobili nei luoghi locati (art. 23). In applicazione dello stesso principio, l'art. 1813 dà la preferenza al proprietario del bestiame, a condizione che abbia notificato il suo contratto al proprietario del fondo. Il

---

(1) DURANTON, t. XVII, p. 280, n. 281. DUVERGIER, t. II, p. 458, n. 416. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 380, n. 266 *bis* VI.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 381, n. 267 *bis* II.

codice non esige che questa notifica si faccia all'atto del trasporto dei bestiami sul fondo, ma è stato giudicato che non potrebbe più farsi dopo questo trasporto. Dal momento che il bestiame è introdotto sul fondo, è colpito dal privilegio, il locatore ha un diritto reale sulle bestie, e questo diritto non può essergli tolto dal proprietario del bestiame (1). Perchè costui possa sequestrarlo, occorre una notifica. Non basterebbe che il proprietario del fondo conoscesse la soccida per altra via (2). Occorre che la notifica sia fatta per atto d'usciere? È la cosa più prudente. Però la legge non prescrive nessuna *diffida*, e la parola *notificazione* può intendersi di ogni scritto col quale il proprietario del bestiame ha dato notizia del suo diritto al proprietario del fondo, e se si ammette che ciò possa farsi per lettera, bisogna ammettere anche che sarebbe sufficiente una comunicazione verbale. La giurisprudenza va più in là: essa si contenta d'una conoscenza qualunque che il proprietario abbia acquistato del bestiame (3). Ma così si eccepisce la legge, mentre, in materia di privilegio, tutto è di rigorosa interpretazione.

104. «Il conduttore non potrà tosare il bestiame senza prevenirne il locatore» (art. 1814). È una sanzione del diritto che l'art. 1811 accorda al locatore. Questi percepisce la metà della lana. Il legislatore ha temuto che, se la tosatura si facesse all'insaputa del proprietario, il soccio si lascerebbe trascinare all'infedeltà. Il timore è disgraziatamente giustificato dall' ignoranza che domina nelle classi inferiori, e l' ignoranza offusca il senso morale.

§ IV. — *Fine della soccida.*

105. « Se nella convenzione non è fissato alcun termine per la durata della soccida, si ritiene che sia fatta per tre anni » (art. 1815). È questa una disposizione tolta alle consuetudini. Ne risulta che la locazione a soccida ha sempre una durata fissa, sia in forza della convenzione, sia in forza della legge. È dunque una locazione fatta per iscritto, nel linguaggio del codice, e per conseguenza cessa di pien diritto allo spirare del termine convenzionale o legale, senza che sia necessario dare congedo (art. 1737).

106. Vi ha luogo a tacita riconduzione? L'affermativa non è

---

(1) Rigetto, 9 agosto 1815 (DALLOZ, v. *Louage à cheptel*, n. 46).

(2) DURANTON, t. XVII, p. 284, n. 284. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 381, n. 267 *bis* II. Cfr. MARCADÉ, t. VI, p. 556, n. I dell'art. 1813.

(3) Rigetto, 7 marzo 1843 (DALLOZ, v. *Louage à cheptel*, n. 47). Cfr. Liegi, 8 aprile 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 151).

dubbia, poichè la tacita riconduzione si fa in applicazione dei principii generali di diritto. Quando vi sarà tacita riconduzione? Secondo la consuetudine di Berri, essa si operava trascorsi quindici giorni dopo finita la locazione senza che fosse stata chiesta la divisione. Non avendo il codice riprodotto questa disposizione, bisogna applicare il diritto comune. I tribunali decideranno, secondo le circostanze della causa, se le parti hanno inteso fare una nuova locazione. Quale ne sarà la durata? La locazione a soccida ha, sotto questo rapporto, una grande analogia colla locazione rustica. Essa ha una durata legale o convenzionale. Se, allo spirare del termine fissato dalla convenzione o dalla legge, il conduttore resta ed è lasciato in possesso, si opera una nuova locazione senza scrittura, vale a dire senza termine convenzionale, e quindi pel termine legale di tre anni (articoli 1776 e 1815) (1). Quest'ultimo punto è controverso (2). Crediamo inutile soffermarvici, perchè i principii sono certi.

107. « Il locatore può domandare lo scioglimento della locazione prima dello spirare del termine convenzionale o legale, se il conduttore non adempie le sue obbligazioni » (art. 1816). E l'applicazione dell'art. 1184 il quale sottintende la condizione risolutiva in tutti i contratti sinallagmatici pel caso in cui l'una delle parti non soddisfaccia alle sue obbligazioni. L'art. 1816 non parla che del locatore, ma è sottinteso che il conduttore ha lo stesso diritto. Se la legge non lo dice, è perchè d'ordinario sono i poveri socci che vengono espulsi per aver mancato alle loro obbligazioni. Lo scioglimento deve essere pronunciato dal giudice. Di fatto, il proprietario licenza i socci di cui ha a lagnarsi, e la loro condizione è così miserabile che non litigano. È la sola parte del codice sulla quale non vi sia quasi giurisprudenza.

108. « Alla fine della locazione o all'atto dello scioglimento, si fa una nuova stima del bestiame » (art. 1817). Questa stima è necessaria per determinare i diritti delle parti, sia che vi fosse un beneficio, sia che vi fosse una perdita. Il locatore comincia col prelevare bestie di ciascuna specie fino a concorrenza della prima stima. Stando ai termini della legge, si potrebbe credere che il prelevamento in natura sia facoltativo pel locatore, perchè l'art. 1817 dice che questi *può* prelevare. Ma non è così che la legge deve essere intesa. Il locatore resta proprietario del bestiame che fornisce al conduttore, malgrado la stima portata dal contratto (art. 1805), donde segue ch'egli riprende il suo bestiame come il locatore, in generale, riprende la cosa sua. Solo che il bestiame, a differenza dei mobili e degli immobili, si rinnova incessantemente, coll'accrescimento da una parte, e

---

(1) DURANTON, t. XVII, p. 286, n. 286. DUVERGIER, t. II, p. 464, nn. 423 e 424. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 382, n. 269 *bis*.
(2) Vedi le diverse opinioni in MARCADÉ, t. VI, p. 557, n. I dell'art. 1815.

dall'altra colla morte o coll'alienazione. È il bestiame come universalità che il proprietario riprende, e non le bestie che ha consegnato al soccio. Ecco perchè la ripresa si fa fino a concorrenza della stima primitiva. Il bestiame può aumentare o diminuire, non solo quanto al numero dei capi, ma anche quanto al loro valore. È il bestiame considerato come valore che il locatore riprende in natura. Vi ha un miscuglio di diritto reale e di diritto di credito che dipende dalla natura particolare della cosa. Il bestiame si sarebbe rinnovato anche se fosse rimasto nelle mani del proprietario, e quindi le mutazioni incessanti ch'esso subisce non impediscono che formi l'oggetto d'un vero diritto di proprietà; donde la conseguenza che il conduttore è debitore d'un determinato corpo, e si libera restituendo un bestiame avente lo stesso valore di quello che ha ricevuto (1).

È ancora in base a questi principii che si fa la divisione. Il codice deroga sotto tale rapporto all'antico diritto. Si può leggere nel trattato di Duvergier quale era il sistema delle consuetudini, sistema che non si seguiva nella pratica. La via tracciata dal codice è la più semplice. Il locatore preleva, non determinate bestie, nè il numero delle bestie che ha fornito al soccio. Egli ha fornito una mandria e riprende una mandria avente il valore della prima stima. Il numero delle bestie può essere maggiore o minore, poco importa. Può verificarsi un'eccedenza od una deficienza. Se vi ha un'eccedenza, essa viene divisa fra il locatore e il conduttore. È questo lo scopo principale della locazione a soccida (art. 1804). Se non esistono bestie bastanti per colmare la prima stima, il locatore prende quello che resta, e le parti si compensano della perdita (art. 1817), ossia il conduttore deve al locatore una indennità rappresentante la metà della perdita (2).

109. L'art. 1817 riguarda la divisione che si fa al termine della locazione. Non bisogna però conchiuderne che la divisione non possa farsi che a quel tempo. La legge non lo dice, e dalla natura stessa del contratto risulta il contrario. Questo contratto è una locazione. Ora, è della natura della locazione che la parte la quale gode della cosa paghi un prezzo per questo titolo, e il pagamento si fa a termini periodici, anno per anno nelle locazioni rustiche. Deve accadere altrettanto nella locazione a soccida. È in questo senso che l'art. 1804 dice che il conduttore profitta della metà dell'accrescimento e sopporta la metà della perdita, e l'art. 1811 soggiunge che la lana e l'accrescimento si dividono. È evidente che la divisione della lana si fa dopo la tosatura. Non si può dividere l'accrescimento immediatamente dopo la nascita di nuovi capi, perchè le parti

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 383, n. 271 *bis* I e II.
(2) Duvergier, t. II, p. 465, nn. 428 e 429.

devono tener conto anche della perdita, vale a dire dei capi che muoiono o che vengono venduti. Bisogna sostituirli prendendo in considerazione il numero e il valore, di modo che il bestiame resti sempre completo e conservi sempre lo stesso valore. È soltanto il beneficio annuale che si divide. La metà di questo beneficio costituisce il prezzo che il locatore riscuote in compenso del godimento che procura al soccio (1).

CAPO II.

Della soccida a metà.

110. « La soccida a metà è una *società* nella quale ciascuno dei contraenti contribuisce la metà delle bestie che restano comuni per il profitto o per la perdita » (art. 1818). La legge stessa dà a questo contratto il nome di *società*. Infatti, le parti mettono ciascuna in comune la metà del bestiame. Vi ha dunque un capitale comune, prima condizione richiesta perchè vi sia società. L'art. 1818 soggiunge che le bestie restano comuni pel profitto o per la perdita. È il secondo elemento della società, un conferimento comune allo scopo di dividere il beneficio che ne potrà risultare (art. 1832). Giacchè la soccida a metà è una società, perchè gli autori del codice ne hanno trattato al titolo della *Locazione?* Il relatore del Tribunato risponde che la soccida a metà è una modificazione della locazione a soccida, e che, salvo un'eccezione, è governata dalle stesse regole (2). Diremo in che cosa il contratto sia modificato dall'elemento sociale che vi domina.

111. Il contratto si chiama soccida a metà, perchè, d'ordinario, ciascuna delle parti fornisce la metà delle bestie. Tale è il contratto stabilito dall'uso. Ma questo carattere non è dell'essenza della società di soccida, essendo, al contrario, dell'essenza della società che le parti siano completamente libere di conferire ciò che credono conveniente. Ma la legge vuole che la parte di ciascuno degli associati nei beneficii o nelle perdite sia in proporzione della sua quota nel capitale della società (articolo 1853), ed applica questo principio con rigore quando la

---

(1) Colmet de Santerre, t. VII, p. 384, n. 271 *bis* III e IV.
(2) Mouricault, Relazione, n. 21 (Locré, t. VII, p. 203).

società ha per oggetto una soccida. Nella soccida a metà, il locatore non ha diritto che alla metà della lana e dell'accrescimento. Ogni convenzione contraria è nulla (art. 1819). Sarebbe applicabile lo stesso principio se le parti non fossero uguali. La proporzione deve essere identica pei beneficii e per le perdite, sotto pena di nullità (1).

112. A primo aspetto, l'art. 1819 sembra derogare al principio dell'eguaglianza della divisione. Infatti, esso non dà alcuna parte al locatore, nel latte, nel concime e nel lavoro delle bestie. Soltanto il conduttore ne approfitta; il locatore non ha diritto che alla metà della lana e dell'accrescimento. In realtà, questa disposizione è un' applicazione della regola della divisione proporzionale. Il conduttore mette, come il locatore, la metà delle bestie nel fondo sociale, e vi conferisce inoltre le sue cure e la sua industria. È dunque giusto che la sua parte nei profitti sia maggiore.

Dopo aver regolato i diritti delle parti contraenti sui beneficii, l'art. 1819 soggiunge: « Ogni convenzione contraria è nulla ». Il contratto non potrebbe dunque attribuire al locatore una parte nei piccoli profitti, il latte, il concime e il lavoro delle bestie, non potrebbe, se la soccida è a metà, dare al locatore, nelle lane e nell'accrescimento, una parte maggiore della metà. Questa convenzione è, al contrario, permessa nella soccida semplice, almeno secondo l'opinione da noi adottata (n. 96). Vi ha una ragione di questa differenza? L'abbiamo detto. La legge vuole che i beneficii siano proporzionali alle quote (n. 111). Ora, nella soccida a metà, il conduttore conferisce una quota maggiore che nella soccida semplice, poichè fornisce una metà del capitale. È in forza di questa quota maggiore che la legge fissa i beneficii del soccio, e non permette di derogare alla regola che stabilisce, perchè sarebbe violare l'eguaglianza in danno della parte che, per la sua ignoranza e la sua miseria, è dipendente dall'altra. Nella soccida semplice, il conduttore non fornisce nulla del capitale. La legge ha dunque dovuto permettere di stipulare vantaggi maggiori pel locatore. I suoi rischi essendo maggiori, poichè è lui che sopporta la perdita totale, si è dovuto permettergli di stipulare come compenso una parte nei piccoli profitti, o una parte maggiore della metà nelle lane e nell'accrescimento (2).

L'art. 1819 soggiunge: « A meno che il locatore non sia proprietario del fondo del quale il conduttore è affittuario o colono parziario ». In questo caso, le parti possono stipulare che il locatore avrà una parte nei piccoli profitti, o che percepirà oltre la metà delle lane e dell'accrescimento. La ragione

(1) DURANTON, t. XVII, p. 291, n. 290. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 385, n. 272 *bis*.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 387, n. 277 *bis* I.

si è che le bestie sono ricoverate a spese del proprietario. Nella colonia parziaria, questi fornisce inoltre una metà del nutrimento. Del resto, essendo il soccio contemporaneamente affittuario e colono, le clausole della locazione rustica possono compensare i vantaggi eccezionali ch'egli consente a vantaggio del proprietario.

113. L'art. 1820 dice che tutte le altre regole della soccida semplice si applicano alla soccida a metà. Ciò è troppo assoluto. Gli articoli 1810 e 1817 non sono applicabili nella soccida che costituisce una società. Se il bestiame perisce in tutto o in parte, la perdita è per la società, e quindi vien sempre sopportata dalle due parti, e per la metà se la soccida è a metà. Alla fine della locazione, il locatore non preleva nulla, poichè egli non è rimasto proprietario della metà del bestiame, nel senso che tutto il bestiame è diventato comune. Esso si divide, per conseguenza, fra le due parti nello stato in cui si trova.

CAPO III.

Della soccida data dal proprietario al suo affittuario o colono parziario.

SEZIONE I. — Della soccida data all'affittuario.

114. Questa soccida (chiamata anche *soccida di ferro*) è quella per cui il proprietario d'una possessione la concede in affitto, a condizione che al termine della locazione l'affittuario lascerà degli animali di valore eguale al prezzo di stima di quelli che avrà ricevuto » (art. 1821). Si suppone che il locatore il quale dà in affitto una possessione fornisca al tempo stesso all'affittuario una mandria addetta al fondo. La soccida è, in questo caso, un accessorio della locazione rustica. Questa clausola non ha nulla di comune colla soccida ordinaria. Nella soccida semplice o a metà è il bestiame che forma l'oggetto principale del contratto. Il proprietario specula sui profitti del bestiame, e così pure il conduttore. Nella soccida di ferro, al contrario, è la coltivazione delle terre che forma l'oggetto principale del contratto. Se il proprietario fornisce una mandria all'affittuario, lo fa per assicurare la buona coltura delle terre, procurando all'affittuario i letami di cui ha bisogno. È questa il solo vantaggio diretto che il locatore ritrae dalla clausola che assegna una mandria al fondo, ma naturalmente il proprietario

che fornisce all'affittuario una mandria, di cui questi ha tutti i profitti, stipulerà un affitto più elevato, di modo che l'ammontare del prezzo rappresenterà complessivamente il godimento del fondo e quello del bestiame. Avendo l'affittuario tutti i profitti del bestiame, è giusto che ne paghi il godimento. È vero che, come affittuario, deve adoperare tutto il letame per ingrassare le terre (art. 1824), ma egli stesso ne approfitterà, poichè le raccolte saranno tanto più abbondanti.

Vi ha un'altra differenza fra la soccida di ferro e la soccida ordinaria, ed è che in questa il bestiame conserva la sua natura mobiliare, mentre nella soccida di ferro esso è destinato dal proprietario al suo fondo per la coltivazione, e quindi diviene immobile per destinazione (art. 522). Rimandiamo a quanto si è detto su questo punto al libro secondo.

115. « La stima del bestiame consegnato all'affittuario non gliene trasferisce la proprietà » (art. 1822). Questo articolo tronca una controversia che si ribatteva nell'antico diritto. Il codice ha consacrato l'opinione di Pothier. L'art. 1805 aveva già ammesso la stessa soluzione nella soccida semplice. Pothier dice che si obbiettava la massima giusta la quale la stima vale vendita, e risponde che l'adagio non è vero che con una distinzione. Quando la stima si fa allo scopo che colui che riceve in tal modo una cosa possa ritenerla pagandone la stima, allora questa vale vendita. Ma tale non è l'intenzione delle parti nella soccida. Il proprietario, anzichè volere che l'affittuario possa ritenere il bestiame pagandone la stima, intende che il bestiame sia addetto al fondo per assicurarne la buona coltura, il che implica che non ne può essere staccato. Quale è dunque l'oggetto della stima? Quello di custodire il valore del bestiame al momento in cui comincia la locazione. Questa stima serve a constatare, alla fine della locazione, di quanto il bestiame si troverà, in quel momento, aumentato, diminuito. In ogni ipotesi, l'affittuario non può ritenere il bestiame pagandone la stima originale. Egli deve lasciare un bestiame di valore eguale a quello che ha ricevuto. Se vi ha deficienza, deve pagarla. Non è che l'eccedenza che gli appartiene (art. 1826) (1).

116. Chi sopporta i rischi? L'art. 1822 risponde che la stima pone il bestiame a rischio dell'affittuario, donde segue che l'affittuario sopporta la perdita, anche totale ed avvenuta per caso fortuito, se non si è diversamente pattuito (art. 1825). È questa una differenza essenziale fra la soccida di ferro e la soccida semplice. A termini degli articoli 1807, 1810 e 1811, è il locatore che sopporta la perdita totale, nella soccida semplice, e non si può nemmeno stipulare che i rischi saranno pel soccio, mentre, nella soccida di ferro, è l'affittuario che di diritto

---

(1) Pothier, *Trattato delle soccide*, nn. 66 e 67.

sopporta il rischio. Quale è la ragione di questa differenza? La ragione è, secondo Pothier, che tutti i profitti appartengono all'affittuario. Ora, chi ha tutti i vantaggi che procura una cosa deve anche, per equità, sopportare la perdita. La legge suppone che tale sia l'intenzione delle parti contraenti, ma permette la stipulazione contraria.

Ecco il carattere distintivo della soccida di ferro, ed è da questo carattere che essa prende il suo nome. La si chiama soccida di ferro, dice Beaumanoir, perchè non può morire pel suo signore. Pothier dà un'altra spiegazione. Questa soccida, egli scrive, si chiama *di ferro* e le bestie, bestie *di ferro*, perchè il bestiame è attaccato al fondo, essendo l'affittuario obbligato a lasciare un bestiame di valore eguale a quello che ha ricevuto. La spiegazione di Beaumanoir è più giusta. In ogni soccida il conduttore deve lasciare un bestiame avente il valore della stima (art. 1817), ma, nella soccida ordinaria, le bestie muoiono pel loro signore, vale a dire pel proprietario, mentre, nella soccida di ferro, muoiono per l'affittuario (1).

117. L'art. 1825 permette di stipulare che i rischi saranno pel proprietario. Si domanda se basta un uso contrario perchè si ritenga che le parti abbiano derogato al diritto comune. Vi ha su questa quistione una sentenza importantissima della Corte di cassazione. In materia di locazione, esistono numerose consuetudini. Quale è la loro autorità? Se esse sono anteriori al codice civile, sono abrogate dalla legge del 30 ventoso anno XII, art. 7 (v. I, n. 25), e, dopo la pubblicazione del codice, non possono formarsi usi contrarii alla legge. Dunque gli usi non hanno più alcuna forza legale, a meno che il codice non vi rimandi. Possono avere forza di convenzione? Le parti contraenti possono derogare alla legge, come dice l'art. 1825. È il diritto comune. Se il codice si spiega al riguardo per la soccida, è perchè la libertà di contrattare delle parti è limitata nell'interesse del conduttore. L'art. 1825 permette loro di derogare alla legge, anzitutto perchè la derogazione è favorevole al conduttore, e poi perchè la soccida di ferro non è una locazione, ma una società. La questione sta dunque nel sapere se si ritiene che le parti contrattino conformemente agli usi, quando gli usi sono contrarii alla legge. La negativa è certa. Nel silenzio del contratto, è la legge che dev'essere applicata. Ora, gli usi non hanno più forza di legge, il che è decisivo. Le parti possono senza dubbio adottare come legge del loro contratto usi locali che si perpetuano, malgrado l'abrogazione pronunciata dalla legge dell'anno XII, ma occorre all'uopo una convenzione, non basta che vi sia un uso locale perchè per ciò solo esso formi la legge delle parti. Chi pretende che è stato adottato un uso

---

(1) POTHIER, *Trattato delle soccide*, n. 66. MARCADÉ, t. VI, p. 563, n. I dell'articolo 1826. TROPLONG, n. 1216.

deve provare questa convenzione stabilendo il concorso del consenso. In mancanza di tal prova, le parti saranno rette, non dagli usi, ma dal codice civile.

Ecco i principii che abbiamo applicati nel corso delle nostre spiegazioni sul contratto di locazione. Essi vennero consacrati dalla Corte suprema. Nella specie, si trattava d'una soccida di ferro data all'affittuario con un contratto verbale. Esso comprendeva animali da lavoro e vacche dette di montagna. Quattordici di queste vacche perirono durante la locazione. Alla resa dei conti fra il locatore e il conduttore, questi pretese che la perdita di tredici di queste vacche dovesse stare a carico del locatore. Egli invocava un uso locale in forza del quale il conduttore non era tenuto a sopportare che la perdita della prima vacca e del ventesimo delle altre. Il primo giudice ammise questa domanda, conforme ad un uso costante seguito e dopo e prima la pubblicazione del codice. È sulla fede di quest'uso generale che le locazioni sono consentite. La Corte di Riom confermò, adottando i motivi. Questa decisione venne cassata. « Dando forza ad una consuetudine locale, dice la sentenza di cassazione, applicandola quale uso generalmente accettato e facendola prevalere alle disposizioni contrarie del codice Napoleone, *senza constatare che le parti vi si fossero riferite nel loro contratto di locazione e le avessero impresso il carattere ed il valore d'una stipulazione convenzionale*, la Corte di Riom ha violato l'art. 7 della legge del 30 ventoso anno XII, che ha abrogato le antiche consuetudini o statuti locali sulle materie regolate dal codice Napoleone, ed ha pure violato gli articoli 1821, 1822 e 1825 del detto codice » (1).

118. L'affittuario può disporre del bestiame? I suoi creditori possono sequestrarlo? La negativa è certa, e risulta dall'art. 1822. L'affittuario non è proprietario del bestiame, e quindi non può alienarlo, e poichè esso non è nel suo dominio, i suoi creditori non possono sequestrarlo. Se lo sequestrassero, il locatore, rimasto proprietario, potrebbe domandare la separazione delle bestie che gli appartengono. Su questo punto tutti sono d'accordo (2). Ma l'affittuario può vendere bestie della mandria? Gli autori sono divisi. Gli uni dicono che l'affittuario può disporre degli animali vecchi o improprii al servizio, gli altri gli riconoscono il diritto di disporre indirettamente dei capi del bestiame, salvo al locatore ad opporsi ad alienazioni imprudenti che lo snaturassero (3). Quest'ultima opinione ci pare inaccettabile. L'affittuario ha il diritto di disporne o non l'ha. Se ne ha il

(1) Cassazione, 12 novembre 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 395).
(2) Bordeaux, 20 febbraio 1845 (DALLOZ, v. *Louage à cheptel*, n. 81).
(3) DURANTON, t. XVII, p. 296, n. 298. COLMET DE SANTERRE, t. VII, p. 388, n. 277 *bis* I. Cfr. AUBRY e RAU, t. IV, p. 541 e nota 15, § 375.

diritto, il locatore non può opporvisi. A nostro avvviso, l'affittuario non può disporre dei capi del bestiame come non può disporre del bestiame stesso, e per la identica ragione, perchè, cioè, non è proprietario. È soltanto alla fine della locazione ch'egli può ritenere l'eccedenza. Durante la locazione, egli è obbligato a conservare le bestie che gli sono state consegnate, le quali sono divenute immobili. Disporne sarebbe alienare una parte del possesso, e certamente il conduttore non ha questo diritto. Rigorosamente, egli non può nemmeno disporre degli animali divenuti vecchi o improprii al servizio, perchè non ne è proprietario come non lo è del resto del bestiame. È vero che l'affittuario non è tenuto a restituire il bestiame quale lo ha ricevuto, cosa impossibile, rinnovandosi il bestiame incessantemente per la morte o per l'accrescimento, ma da ciò non segue che l'affittuario abbia il diritto di disporre dei capi individuali.

Vi ha una sentenza della Corte suprema che sembra contraria alla nostra opinione. Essa ha giudicato che i creditori del conduttore possono sequestrare una parte del bestiame, purchè resti presso a poco completo e il proprietario sia bastantemente garantito che alla fine della locazione l'affittuario ripresenterà un bestiame eguale in valore a quello che ha ricevuto (1). Ecco una di quelle decisioni di fatto, fondate sull'equità, che la Corte di cassazione conferma rigettando il ricorso, perchè non violano una espressa norma di legge, ma pare a noi che con ciò essa offenda i principii. Possono i creditori pignorare animali che non appartengono al loro debitore? E come gli animali apparterrebbero all'affittuario, quando il bestiame resta proprietà del locatore?

119. « Durante la locazione, tutti i guadagni appartengono all'affittuario, quando non vi sia patto in contrario » (art. 1823). Il codice permette però qualunque diversa convenzione. Abbiamo detto perchè esso mantiene nella soccida di ferro la libertà di contrattare, mentre la limita nella soccida ordinaria. Ne consegue che le parti possono stipulare che il locatore avrà una porzione dei guadagni, e possono convenire che il locatore riceverà una quota maggiore nei beneficii che nelle perdite. Si ammette anche che la clausola sarebbe valida se desse al locatore una parte nei guadagni senza mettere a suo carico nessuna parte nella perdita (2). Ciò è vero secondo l'art. 1825, ma come conciliare queste derogazioni col principio che pone la perdita fortuita a carico del conduttore? Questo principio è fondato sulla disposizione che attribuisce tutti i guadagni al conduttore (n. 116). Se gli si toglie una parte dei guadagni, è giusto di

(1) Rigetto, 8 dicembre 1806 (DALLOZ, v. *Louage à cheptel*, n. 79). Cfr. rigetto, 6 maggio 1835 (DALLOZ, *ibid*, n. 76, e v. *Privilèges*, n. 271). MERLIN, *Repertorio*, v. *Cheptel*, § III, n. 5. DUVERGIER approva la decisione (t. II, p. 477, n. 445).

(2) DURANTON, t. XVII, p. 296, n. 299. DUVERGIER, t. II, p. 474, nn. 440 e 441.

lasciare i rischi a suo carico? È questa una vera anomalia del codice. O non avrebbe dovuto permettere una convenzione contraria, o avrebbe dovuto regolare l'influenza che la convenzione contraria eserciterà sui rischi. Nel silenzio della legge, bisogna stare ai testi che mettono il bestiame a rischio dell'affittuario, pur permettendo di togliergli una parte dei guadagni.

120. L'articolo aggiunge una spiegazione concernente il concime: « Esso non cede a profitto particolare dell'affittuario, ma appartiene alla possessione locata, nella cui coltura deve unicamente impiegarsi ». Abbiamo detto, parlando della locazione rustica, che l'affittuario deve impiegare il concime nell'ingrasso dei terreni. Se così è quando il bestiame gli appartiene, deve accadere lo stesso, a maggior ragione, quando il bestiame è fornito dal locatore. Questo è annesso al fondo nell'interesse della buona coltura e allo scopo che il concime serva d'ingrasso per migliorare le terre.

Sezione II. — Della soccida data al colono parziario.

121. La soccida data al colono parziario può essere una soccida a metà. Si applicano, in questo caso, le regole della soccida a metà, salvo la deroga che l'art. 1819 permette di apportarvi. Rimandiamo a quanto si è detto più sopra (numeri 110-113). Nell'art. 1827 e seguenti la legge suppone che tutta la soccida sia data dal proprietario al colono parziario. È, in massima, la soccida semplice, e va soggetta, in generale, a tutte le regole di questa forma di soccida (art. 1830).

122. L'art. 1827 consacra una conseguenza di tale assimilazione: « Se il bestiame perisce intieramente senza colpa del colono, la perdita è a danno del locatore ». È dunque il locatore che sopporta il rischio in caso di perdita totale, mentre, nella soccida data all'affittuario, i rischi sono per costui. La ragione si è che la soccida data al colono parziario è una vera soccida, e quindi deve essere soggetta alle regole delle soccide in quanto riguarda i rischi.

123. Vi ha un'altra differenza fra il colono parziario e l'affittuario. Questi contratta per speculazione, mentre il colono parziario non tratta che per la propria sussistenza. La legge tien conto di simile differenza nella posizione sociale. Essa permette alle parti contraenti di derogare alle regole che stabilisce, quando si tratta della soccida data all'affittuario, poichè non vi ha a temere che questi, per ignoranza o per miseria, subisca la legge del proprietario, mentre la condizione dipendente del colono parziario potrebbe portarlo a sottoscrivere clausole rovinose e inique. Conseguentemente l'art. 1828 proibisce certe clausole. Non si può stipulare che il colono sopporterà tutta la perdita avvenuta per caso fortuito e senza sua colpa. Accade lo stesso nella

soccida semplice (art. 1811). La perdita parziale è sopportata per metà, poichè le regole della soccida semplice sono applicabili alla soccida data al colono parziario (articoli 1804, 1810 e 1830). Si può stipulare che il colono sopporterà la perdita per più della metà, poichè il codice non proibisce questa clausola, ed ogni clausola proibita è permessa.

Ma non si può stipulare che il colono sopporterà nelle perdite una parte maggiore che nei guadagni. L'art. 1811, che vieta questa clausola nella soccida semplice, è applicabile al colono parziario in forza della disposizione dell'art. 1830.

124. La legge autorizza però certe clausole favorevoli al locatore. Si può stipulare che il colono lascierà al locatore la sua parte nella tosatura a un prezzo inferiore al valore ordinario, che il locatore avrà una parte maggiore nel guadagno, che avrà la metà del latte (art. 1828). A primo aspetto fa meraviglia vedere il legislatore sanzionare clausole d'ineguaglianza, quando l'ineguaglianza pare vantaggiosa al locatore a danno del colono, ma bisogna tener conto dei vantaggi che la locazione può procurare, sotto altri rapporti, al colono, vantaggi che compenseranno quanto le clausole favorevoli al locatore pare abbiano d'iniquo.

125. « La soccida data al colono parziario termina col finire della locazione » (art. 1829). Ecco una differenza fra siffatta soccida e la soccida semplice. Questa dura tre anni quando le parti non hanno fissato altro termine. La soccida data al colono parziario è un contratto accessorio della locazione principale, e deve quindi spirare con essa.

CAPO IV.

Del contratto impropriamente chiamato soccida.

126. « Quando si danno una o più vacche perchè siano custodite ed alimentate, il locatore ne conserva la proprietà. Egli ha soltanto il guadagno dei vitelli che nascono da esse » (articolo 1831). Pothier ci apprende che questo contratto era molto usato nelle campagne d'Orléans. Il codice dice ch'esso è impropriamente chiamato soccida, perchè non vi si riscontrano gli elementi ordinarii della soccida. Nella soccida ordinaria vi ha un elemento che partecipa della società, ed è che il guadagno dell'accrescimento è comune e che le perdite si dividono. Nel contratto previsto dall'art. 1831 non vi ha nulla di comune. Le

vacche restano proprietà del locatore, ed egli solo percepisce il guadagno dei vitelli. Alla sua volta il conduttore ha solo il guadagno del latte e del concime. L'espressione *locatore*, di cui la legge si serve per designare il proprietario che dà le vacche per alimentarle e custodirle, indica che la legge considera il contratto come una locazione. Pothier dice che non è un contratto di locazione, perchè è dell'essenza di questo contratto che vi sia una cosa locata ed un prezzo che consiste in una somma di denaro o in una quantità di frutti, e ne conchiude che è un contratto innominato. Nella soccida semplice non vi ha prezzo in denaro, ma la metà dell'accrescimento attribuita al proprietario tien luogo del prezzo. Poco importa, del resto, che il contratto sia nominato o innominato. I principii della locazione si applicano, per analogia, alla soccida dell'art. 1831, poichè la legge ne tratta al titolo della *Locazione* e dà il nome di *locatore* ad una delle parti.

127. La legge non dice quali sono i diritti del conduttore. Siccome il locatore percepisce i vitelli, ne consegue che il conduttore ha gli altri guadagni che può dare la vacca, vale a dire il latte ed il concime, salvo, dice Pothier, a fornire la paglia per il giaciglio.

128. Il codice non si spiega sulle obbligazioni delle parti contraenti, salvo in quanto riguarda il conduttore. Egli deve custodire e alimentare le vacche. Alla sua volta, il locatore si obbliga a permettere che il conduttore goda dei profitti della vacca, specialmente del latte. I vitelli appartengono al locatore. Se ne deve conchiudere che il locatore debba sopportare le spese di mantenimento del vitello? No, il conduttore, dovendo consegnare il vitello, è tenuto per ciò stesso a conservarlo, vale a dire a nutrirlo fino alla consegna. Il conduttore perde, per conseguenza, il latte fino a che il vitello possa essere slattato. Quando il vitello ha tre o quattro settimane, dice Pothier, il locatore è obbligato a ritirarlo, sotto pena dei danni ed interessi, perchè, lasciandolo più a lungo a carico del conduttore, lo priverebbe del latte al quale questi ha diritto. Spetta al conduttore agire per costituire in mora il locatore (1).

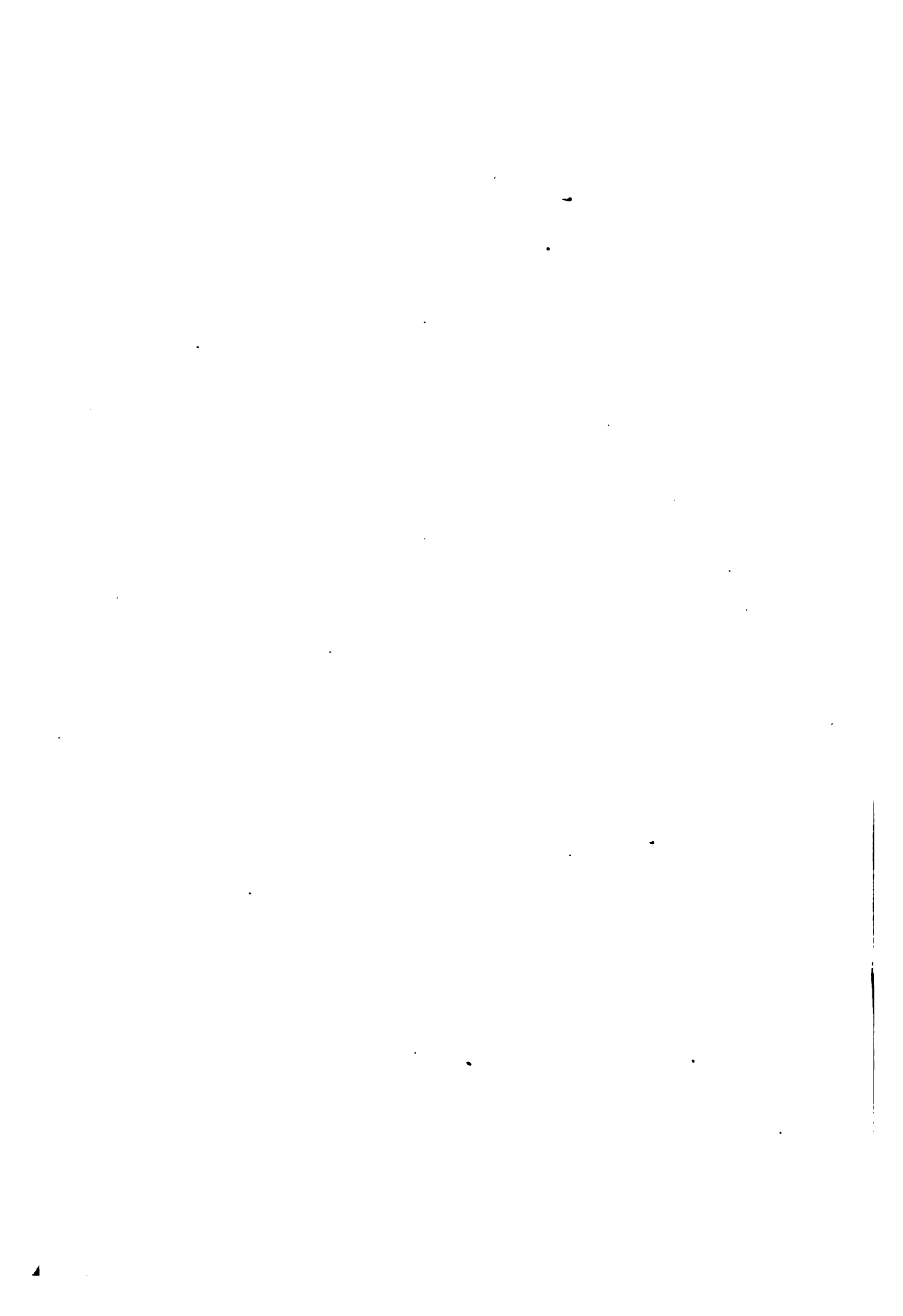
129. Secondo l'art. 1831, il conduttore è obbligato soltanto a custodire la vacca e ad alimentarla. Quando dunque la vacca cade ammalata, il locatore deve farla curare a proprie spese, perchè la legge non mette quest'obbligo a carico del conduttore. Il codice riproduce implicitamente l'antico diritto, non imponendo altra obbligazione al conduttore che quella della custodia e dell'alimento.

130. Quando finisce questo contratto? Al termine convenuto,

(1) POTHIER, *Trattato delle soccide*, nn. 71 e 72.

se vi ha al riguardo una convenzione, altrimenti bisogna applicare, per analogia, la disposizione del codice concernente le locazioni fatte senza scrittura, vale a dire senza termine fisso. Ciascuna delle parti potrà metter fine alla locazione a suo arbitrio dando congedo all'altra. Pothier aggiunge una restrizione che risulta dall'intenzione delle parti contraenti. Nessuna delle parti può rompere il contratto in tempo opportuno, e la rottura sarebbe inopportuna se recasse un danno certo all'altra parte, se, per esempio, il conduttore volesse restituire la vacca quando è vicina a partorire, o se il locatore volesse riprenderla al principio della primavera, a meno che la locazione non avesse cominciato in quel tempo (1).

---

(1) POTHIER, *Trattato delle soccide*, nn. 75 e 76. DUVERGIER, t. II, p. 484, n. 459.

TITOLO X.

Della società (1)

(Titolo IX del codice civile)

131. L'oratore del Governo dice, nell'*Esposizione dei motivi*, che le società commerciali non entrano nel progetto del codice civile. Esse sono estranee anche al nostro lavoro, poichè noi trattiamo unicamente dei principii del diritto civile. È ben vero che le società commerciali sono le più frequenti e le più importanti. Le società puramente civili sono rare, e se hanno qualche importanza, prendono le forme del diritto commerciale. Ma, avendo il legislatore separato le due materie, noi faremo altrettanto. Non è a dirsi per questo che i principii del diritto civile non abbiano nulla di comune colle società commerciali. Il diritto civile è il diritto comune, e il codice di commercio ha cura di ricordare che le società di cui tratta sono rette innanzi tutto dal diritto civile (art. 18). Il codice civile dice lo stesso (art. 1873) (2).

132. Treilhard dice ancora, nell'*Esposizione dei motivi*, che il titolo del contratto di società è estraneo ad una specie di società che si forma tra persone avvicinate da qualche avvenimento talvolta indipendente dalla loro volontà particolare. Egli cita come esempio i rapporti che esistono fra coeredi tenuti a sopportare *in comune* gli oneri d'una eredità di cui dividono anche i beneficii. Così pure la legge sottopone i vicini ad *obbligazioni comuni* per la loro sicurezza particolare e per il

---

(1) Fonti: DUVERGIER, *Del contratto di società*, Parigi 1839, 1 vol. in 8. TROPLONG, *Del contratto di società civile e commerciale*, Parigi 1843, 2 vol. in 8 (Bruxelles, 1843, 1 vol.).
DELANGLE, *Delle società commerciali*, Parigi, 2 vol. in 8.
PONT, *Commentaire, Trattato delle società civili e commerciali* (continuazione di MARCADÉ, t. VII, Parigi 1872, 1 vol. in 8).
GUILLERY, *Delle società commerciali nel Belgio*, Bruxelles 1874.

(2) Cfr. legge del 18 maggio 1873, art. 1.

mantenimento dell'ordine pubblico. È ciò che la dottrina chiama la *comunione*, per distinguerla dalla società propriamente detta. Abbiamo trattato, nei titoli che sono la sede della materia, delle obbligazioni che la legge stabilisce fra coeredi e vicini. Per completare questa esposizione dei principii, sulla comunione, aggiungeremo, sull'esempio di Pothier, un'appendice al titolo del codice in cui faremo conoscere la giurisprudenza concernente la comunione.

133. Vi sono nel Belgio società che hanno un carattere particolare, e sono le *società carbonifere*. La dottrina non se n'è occupata. Esporremo, nell'appendice a questo titolo, le regole che la giurisprudenza ha consacrate riguardo a queste società.

CAPO I.

Delle condizioni richieste per l'esistenza o per la validità delle società.

SEZIONE I. — Principii generali.

134. « La società è un contratto col quale due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione, al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare » (art. 1832).

Il contratto di società, al pari di tutti i contratti, esige certe condizioni che sono richieste per la sua esistenza: il consenso, un oggetto lecito e la causa. Lasciamo da parte la causa che, nei contratti sinallagmatici, come la società, si confonde coll'oggetto. La capacità delle parti contraenti è richiesta soltanto per la validità del contratto. Sotto il rapporto della forma, la società è un contratto non solenne. Abbiamo esposto altrove le nozioni generali sulle condizioni necessarie sia per l'esistenza, sia per la validità dei contratti. Qui ci limitiamo a fare l'applicazione dei principii alle difficoltà che si sono presentate nella pratica.

§ I. — *Del consenso.*

135. La società essendo un contratto, esige come condizione d'esistenza il consenso delle parti contraenti. Pothier dice esser questo il carattere che distingue la società dalla comunione.

La comunione, secondo lui, si forma fra più persone, senza che sia intervenuta fra loro alcuna convenzione, nè, per conseguenza, alcun consenso. E veramente negli esempi di comunione che si citano ordinariamente non interviene alcun consenso dei comunisti. Quando è devoluta un'eredità a più eredi, od è stato fatto un legato congiuntamente a più legatarii, vi ha una comunione fra gli eredi o i legatarii senza che vi sia stata convenzione. Ecco perchè Pothier chiama la comunione un quasi-contratto. Questa dottrina è generalmente seguita dagli autori moderni (1). Ritorneremo sull'argomento. Si dice, in questo senso, che la comunione è un fatto, mentre la società è un contratto. Ciò non è vero. La comunione può risultare da una convenzione. Tale sarebbe l'acquisto d'un immobile fatto in comune. Vi ha semplice comunione, e non società, quando le parti non hanno avuto per fine di mettere l'immobile in comune onde dividere il guadagno che ne potrebbe derivare, e senza questo consenso non si concepisce società. Ciò che caratterizza dunque la società e che la distingue dalla comunione è il fine che i soci hanno di mira (2).

136. Pothier soggiunge che la società è un contratto consensuale, che si forma mediante il solo consenso delle parti contraenti. Esso è perfetto dal momento che le parti hanno convenuto di mettere qualche cosa in comune, sebbene non abbiano ancora fatta la loro collazione. L'art. 1843 consacra una conseguenza di questo principio: « La società comincia nell'istante medesimo del contratto, se non è fissato un altro tempo ».

137. Che non vi sia società senza consenso, è evidente. Una persona si obbliga a prestare i suoi servizii per una pubblicazione letteraria; poi firma una ricevuta in calce al *rovescio* d'un mezzo foglio di carta bollata piegato in due, sul quale era stata scritta la ricevuta, e la cui parte superiore era in bianco. Sulla parte in bianco il depositario architettò un atto di società in nome collettivo fra lui e il firmatario. Questi era così vincolato, a sua insaputa, a soddisfare tutti i mutui che il suo socio contraesse e gli effetti che potesse sottoscrivere. Il falsario trovò una persona compiacente che creò cinque cambiali fittizie, di diecimila lire ciascuna, le quali furono negoziate. Per conseguenza, il preteso socio fu esecutato, imprigionato, dichiarato fallito. La Corte di Parigi pose termine a questo scandalo dichiarando nullo l'atto di società. Esso era più che nullo, poichè non vi era mai stato consenso. Invano i terzi portatori allegavano la loro buona fede e l'imprudenza di colui che aveva sottoscritto in bianco. La nullità, o per meglio dire, l'inesistenza

---

(1) POTHIER, *Trattato del contratto di società*, n. 2. DURANTON, t. XVII, p. 309, n. 320.

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 542, § 377.

della società importava di pien diritto la nullità di tutti gli atti che ne erano la conseguenza, non potendo un contratto inesistente produrre alcun effetto (1).

138. Il consenso dato sotto forma di ratifica basta perchè la società esista a partire dal giorno in cui l'atto è stato stipulato? Per principio, sì, poichè la ratifica equivale al mandato, e produce, per conseguenza, un effetto retroattivo. Che così sia fra soci, non è contestato, ma vi ha controversia sul punto di sapere sa la ratifica retroagisca a riguardo dei terzi. Vi ritorneremo al titolo del *Mandato*. La Corte di cassazione ha giudicato che un contratto di società; col quale uno dei soci stipula per consoci futuri (i suoi figli) senza essere munito dei loro poteri e solo colla promessa di procurare la loro approvazione non costituisce realmente la società che quando è stata data la ratifica. Noi crediamo che il principio sia formulato in termini troppo assoluti. La Corte dice che non è che a partire dalla ratifica che l'atto diviene perfetto e obbligatorio, e che offre garanzia d'una vera ragione sociale alle persone che si mettono in relazione d'affari coi soci. All'obbiezione che la ratifica retroagisce la Corte risponde che questa regola non è applicabile che ai soci, ma che per il pubblico la società non ha che un'esistenza incerta fino alla ratifica (2). Nel caso concreto si trattava d'una società commerciale sottoposta a formalità di pubblicità. Limitata a questa società, la decisione della Corte di cassazione è giusta. Non vi ha pubblicità fino a quando i nomi dei soci non sono conosciuti dal pubblico. Quando dunque si tratta di soci che consentono per via di ratifica, questa deve essere pubblicata nelle forme prescritte dal codice di commercio, e una forma di pubblicità non potrebbe retroagire, poichè ne risulterebbe la presunzione che i terzi conoscano un atto che in realtà non hanno conosciuto; il che è assurdo e contrario allo scopo della pubblicità.

139. Il consenso può essere viziato. In questo caso il contratto di società esiste, ma è annullabile. L'errore ha dato luogo ad una difficoltà sulla quale vi ha dubbio. Si costituisce una società in accomandita per l'acquisto e la vendita di terreni. L'importo dei versamenti fatti dai soci sulle loro azioni essendo esaurito, il gerente domandò il di più. Parecchi azionisti vi si rifiutarono e pretesero che la società fosse nulla, perchè l'acquisto e la rivendita di terreni non potevano costituire che una società civile. Vi era stato errore, a loro avviso, intorno alla natura della società. La Corte di cassazione ha giudicato che non vi era errore, perchè l'errore non vizia i contratti che

(1) Parigi, 7 febbraio 1824 (Dalloz, v. *Désaveu*, n. 15). Pont, t. VII, p. 14, n. 15.
(2) Rigetto, sezione civile, 4 agosto 1847 (Dalloz, 1847, 1, 309). Pont, t. VII, p. 16, n. 17.

quando è sostanziale e perchè, nella specie, esso non cadeva nè sul consenso nè sull'oggetto della convenzione (1). Ciò ne sembra dubbio. Vi ha errore sostanziale anche quando cade sulla natura del contratto. É anzi il più grave di tutti gli errori. Se una delle parti vuol vendere e l'altra locare, non vi ha nè vendita nè locazione; il contratto è inesistente. Ora, vi hanno differenze essenziali fra una società civile ed una società in accomandita. Gli azionisti d'una società commerciale non sono tenuti, a riguardo dei terzi, che fino a concorrenza della loro quota, mentre i soci in materia civile sono tenuti ciascuno per una parte virile (art. 1863). I due contratti sono dunque di natura diversa, e quindi l'errore sul contratto che le parti hanno voluto fare è sostanziale. Invano la Corte dice che, nella specie, l'errore era diviso da tutti i soci. Che importa? Si è ben sostenuto che l'errore di una delle parti non viziava il consenso, ma non si è mai sostenuto che non lo viziasse l'errore comune.

140. La società, come ogni altro contratto, esige la capacità delle parti contraenti. Si domanda se due coniugi possono costituire una società durante il matrimonio. Per principio, l'affermativa non ci pare dubbia. Ogni persona può contrattare se non ne è dichiarata incapace dalla legge (art. 1123). Occorre una legge perchè esista l'incapacità (art. 1124). Ora, nessuna legge vieta ai cogiugi di formare una società. La questione però è controversa. É stato giudicato che il divieto risulta implicitamente dai rapporti che il matrimonio stabilisce fra i coniugi. La legge della società è l'eguaglianza, mentre la donna maritata è sotto podestà. Come può l'eguaglianza coesistere coll'ineguaglianza? (2) Vi ha una confusione d'idee in questa argomentazione. La subordinazione della moglie non riguarda che i rapporti dei coniugi considerati come tali; essa non impedisce alla moglie di stipulare una completa indipendenza quanto all'amministrazione de' suoi beni, non le impedisce di esercitare il commercio, e quindi non è di ostacolo a che i coniugi formino fra loro una società nella quale come soci siano eguali. L'art. 1595 che si invoca attesta piuttosto contro l'incapacità dei coniugi. La legge proibisce la vendita fra coniugi. Questa è un'eccezione che conferma la regola e la presuppone. La regola è dunque che i coniugi possono contrattare e associarsi, a meno che il contratto che stipulano non sia in opposizione con un testo di legge (3). Così è stato giudicato che la società in nome collettivo stipulata fra due coniugi era nulla, perchè aveva per unico scopo

---

(1) Rigetto, 9 giugno 1841, due sentenze (DALLOZ, v. *Société*, n. 77). PONT, t. VII. p. 17, nn. 19 e 20.

(2) Parigi, 14 aprile 1856, 9 marzo 1859 e 24 marzo 1870 (DALLOZ, 1856, 2, 221, 1860, 2, 12, 1872, 2, 43). Metz, 22 agosto 1861 (*Sirey*, 1862, 2, 230). Crim, Cassazione, 9 agosto 1851 (DALLOZ, 1852, 1, 160).

(3) PONT, t. VII, p. 26, nn. 35-37, e le autorità che cita. Cfr. il mio vol. XXII, n. 319.

d'assicurare al marito vantaggi eccedenti la disponibile che la moglie rimaritata può dare al suo secondo marito.

141. Quale capacità bisogna avere per costituire una società? La difficoltà si presenta per il mandato generale che, a termini dell'art. 1988, costituisce al mandatario soltanto il diritto di fare atti d'amministrazione. Ci pare che il testo dell'articolo decida la questione. Formare una società non è certo un atto d'amministrazione. La convenzione implica al contrario una disposizione dei beni che si mettono in comune. È stato giudicato, in questo senso, che i soci liquidatori d'una società disciolta, sebbene aventi facoltà di vendere gli immobili sociali, non potevano costituire una nuova società per la coltivazione di questi immobili (1). Nella specie, il mandato era speciale, esso aveva per oggetto la liquidazione della società disciolta, e quindi, sebbene incaricati di vendere, e aventi il diritto di disporre, i liquidatori eccedevano il loro potere formando una nuova società (2).

§ II. — *Dell'oggetto.*

142. Non vi ha contratto senza oggetto. L'art. 1832 dice che la società è un contratto col quale due o più persone convengono di *mettere qualche cosa in comune*, e l'art. 1833 soggiunge che ciascun socio deve conferirvi o denaro, od altri beni, o la propria industria. Se non vi ha contribuzione, non vi ha società. Questo caso singolare si è presentato davanti la Corte di cassazione. Si costituì una società in accomandita per azioni sotto il nome d'*Unione finanziaria*. Il fondo sociale si componeva d'una somma di tre milioni, rappresentata da trentamila azioni di cento lire ciascuna. I soci accomanditarii si obbligavano a sopportare le perdite che la società potesse fare fino a concorrenza di duecentomila lire. Un azionista, citato per il versamento dell'importo di ventotto azioni che aveva sottoscritte, vi si rifiutò, sostenendo che la società non esisteva che allo stato di progetto. La Corte di Caen e, sul ricorso, la Corte di cassazione decisero che non vi era società per mancanza di contribuzione. Infatti, uno dei soci in nome collettivo non conferiva nè denaro, nè altri beni, nè un'industria già esistente. Anche gli accomandatari non conferivano alcun valore realizzabile. Essi prendevano soltanto l'impegno di garantire la società da ogni perdita fino a concorrenza di duecentomila lire. Questa garanzia, dice la Corte suprema, è così lontana dal costituire

(1) Rigetto, 7 febbraio 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 115).
(2) Rigetto, 20 marzo 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 398). Vi ha una sentenza in senso contrario del 4 gennaio 1843 (DALLOZ, v. *Mandat*, n. 104). È una decisione fondata sulle circostanze particolari della causa (PONT, t. VII, p. 15, n. 16).

un fondo sociale che non può essere reclamata se non dopo che la società ha cominciato le sue operazioni, vale a dire quando esiste un fondo di cassa che questa garanzia suppone, ma non crea. D'altra parte, era provato che, alla pubblicazione dell'atto costitutivo, non era stata sottoscritta alcuna azione, e quindi non vi era società. La clausola dell'atto portante che la società comincerebbe all'epoca della sua data non era che una finzione e non poteva avere esecuzione, perchè a quell'epoca i soci non avevano conferito nulla e nulla avevano promesso di conferire (1).

143. L'art. 1833 dice in termini imperativi, e per conseguenza restrittivi, in che cosa *deve* consistere la contribuzione dei soci. Essi devono conferire o denaro, o altri beni, ovvero la loro industria. Ciò esclude il credito. Non vi ha alcun dubbio quanto al credito politico. Pothier dice che il credito d'un uomo potente non è qualche cosa d'apprezzabile; vale a dire che non si può valutarlo in denaro. Ora, la contribuzione deve essere apprezzabile, perchè, nel silenzio del contratto, la parte di ciascun socio nei beneficii o nelle perdite sta in proporzione della contribuzione nel fondo della società (art. 1853). Vi ha un altro motivo pel quale il credito politico non può essere ammesso come contribuzione. Una tal convenzione, dice Pothier, è nulla, siccome contraria alla pubblica moralità ed ai buoni costumi, che non permettono alle persone potenti d'accordare il loro credito per danaro (2). È di questo credito che parlano gli oratori del Governo e del Tribunato. « La convenzione, dice Treilhard, è contraria all'onestà ed ai buoni costumi, quando la contribuzione non consiste che in una promessa di credito vana il più delle volte, ma sempre colpevole, quando è retribuita. Lungi da noi questi vili intriganti che, vendendo i loro raggiri e la loro protezione, ingannano egualmente e l'autorità che tradiscono e l'uomo onesto che conta su di essi ». Gillet si esprime colla stessa energia: « I romani riconoscevano, oltre i beni o l'industria, una terza specie di contribuzione, il credito ed il favore, *gratiam*. Non si possono scrivere queste parole senza vergogna se non negli Stati corrotti, ove si traffica di tutto, anche del pubblico potere » (3).

Diverso è il credito commerciale. Esso è il frutto, non dell'intrigo, ma del lavoro e dell'onestà. Però per sè solo non costituirebbe una contribuzione valida. In mancanza di beni corporali, la legge esige la contribuzione di un'industria, vale a dire una cooperazione attiva, un lavoro qualsiasi, e quindi il credito solo non basta (4). Al Consiglio di Stato, Pelet emise

(1) Rigetto, 6 aprile 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 193).
(2) POTHIER, *Della società*, n. 10.
(3) *Esposizione dei motivi*, n. 9. GILLET, *Discorsi*, n. 6 (LOCRÉ, t. VII, pp. 243 e 255).
(4) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da AUBRY e RAU, t. IV, p. 543. nota 2, § 376, e PONT, t. VII, p. 49, nn. 64 e 65.

un'opinione contraria. « Si può, egli dice, conferire nella società il proprio nome e la propria riputazione, i quali pure devono essere considerati come una contribuzione ». Pelet non fece alcuna proposta. La sua osservazione tendeva a comprendere il credito sotto la parola industria. Essa fu combattuta da Treilhard e Berlier. Questi dice benissimo che un *nome* isolato da ogni *atto* della persona è una cosa molto astratta: anzichè all'*industria* è ad una *cosa positiva* che bisogna aver riguardo (1).

144. Se la convenzione accordasse una parte d'interessenza ad un socio che non fa alcun conferimento, costituirebbe una donazione a riguardo di questo preteso socio. Per essere valida, dovrebbe essere fatta nelle forme prescritte dalla legge. Pothier dice trattarsi di una donazione di beni futuri, la quale non può esser fatta che per contratto di matrimonio. Ma ciò non è esatto. Essa implica un vantaggio certo, sebbene eventuale, come sarebbe la donazione dei frutti nascituri d'un fondo. Ne consegue che la donazione sarebbe fatta validamente nella forma ordinaria degli atti notarili (2).

§ III. — *Beneficio comune.*

145. Perchè vi sia società, non basta mettere qualche cosa in comunione, ma occorre altresì, a termini dell'art. 1832, che la convenzione di mettere una cosa in comunione si faccia « al fine di dividere il beneficio che ne potrà derivare ». La speranza di dividere un beneficio, dice l'oratore del Governo, è il fine intenzionale che dirige il contratto di società. Gli uomini si associano fra loro perchè nell'isolamento sono deboli e impotenti. È questo il movente di ogni associazione, ma perchè l'associazione costituisca una società, occorre inoltre che coloro i quali uniscono i loro sforzi lo facciano per ritrarre un beneficio dalla cosa che mettono in comunione. Ecco il carattere che distingue la società dalla semplice comunione.

Due fratelli acquistano in comune un immobile, lo posseggono per indiviso per parecchi anni, poi lo rivendono con un utile. Vi sono in questi fatti gli elementi costitutivi d'una società? I primi giudici avevano deciso di sì, ma la decisione venne cassata. Non era provato che le parti avessero acquistato l'immobile al fine di rivenderlo e dividerne il beneficio che ne potesse derivare, e quindi mancando il *fine intenzionale* che costituisce

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato, del 14 nevoso anno XII (Locré, t. VII, p. 230, n. 4).

(2) Duranton, t. XVII, p. 312, n. 324, e tutti gli autori (Pont, t. VII, p. 46, n. 59).

uno dei caratteri essenziali della società, non si trattava che di una semplice comunione (1). Diremo più avanti come la società e la comunione siano governate da principii diversi.

146. Risultano da questo principio conseguenze importantissime. Le associazioni religiose che si formano in forza della libertà d'associazione hanno tentato di costituirsi in società civili, apparentemente per fruire del diritto comune, in realtà per ricostituire le corporazioni religiose, con tutti gli effetti della personificazione civile. Si violava la legge eludendola. Ritorneremo più avanti sulla quistione. Essa è troppo importante per essere trattata incidentalmente.

147. Sorgono tutti i giorni società di mutua assicurazione, che prendono il titolo di società in atti pubblici. Ma esse non sono società nel senso legale della parola, poichè manca loro il carattere essenziale richiesto dall'art. 1832, in quanto non hanno per oggetto una divisione di utili. Ogni membro è ad un tempo assicuratore e assicurato. Lo scopo è di ripartire fra gli assicuratori le perdite che gli assicurati subiscono per un accidente qualsiasi, come l'incendio, la tempesta, le epizoozie. L'assicurato essendo anche assicuratore, sopporta una parte nella perdita, parte diminuita dal concorso degli altri membri. Lo scopo e l'effetto della convenzione sono di diminuire la perdita eventuale che possono fare gli associati. Dunque non vi sono mai utili da dividere fra i membri di queste associazioni, e quindi non vi ha società. Tale è l'opinione unanime degli autori (2). Nella giurisprudenza vi ha qualche incertezza, ma è inutile soffermarvisi, i principii non essendo dubbii (3). La Corte di cassazione ha giudicato, in applicazione di questi principii, che le associazioni di mutua assicurazione non si risolvono per la morte di uno dei membri, mentre la società finisce colla morte d'uno dei soci (4).

148. Le tontine sono vere società? Si dà questo nome a riunioni di persone le quali convengono che le rendite dovute ai premorienti andranno a profitto dei superstiti. Apparentemente sono società. Un parere del Consiglio di Stato del 25 marzo 1809, approvato dall'imperatore il 1.° aprile, le sottopone all'autorizzazione del Governo, il che pare le assimili alle società anonime. Ma vi ha una differenza radicale fra le società e le tontine. D'Hauterine, sulla relazione del quale è stato pronunciato il parere del Consiglio di Stato, dice benissimo che le società diffondono e moltiplicano l'azione vivificante del lavoro,

---

(1) Cassazione, 22 novembre 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 323).
(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 543 e nota 5, § 377.
(3) Vedi le sentenze citate da PONT, t. VII, p. 52, n. 71, nota 6. Bisogna aggiungere Parigi, 25 marzo 1873 (DALLOZ, 1874, 2, 17).
(4) Rigetto, 12 gennaio 1842 (DALLOZ, v. *Assurances terrestres*, n. 60), e le sentenze citate alla v. *Société*, n. 220.

esse formano capitali che, messi in circolazione da un'industria sempre attiva e feconda, producono nuovi capitali. Le tontine non producono nè movimento, nè capitale, nè industria. La somma dei capitali resta sempre la stessa; i prodotti, considerati in blocco, rimangono invariabili; soltanto la ripartizione è soggetta a variazioni prodotte dalla eventualità delle morti. Non si ottengono beneficii col lavoro, e quindi non si possono dividere. Esse costituiscono un contratto aleatorio (1).

149. In applicazione dello stesso principio è stato giudicato che non esiste società nelle seguenti convenzioni. Alcuni agenti d'assicurazioni si obbligano di dividere fra loro i diritti di provvigione provenienti dalle operazioni (2). Due persone viventi in concubinato esercitano in comune un'industria od un commercio (3). Alcuni commissionarii di trasporto, allo scopo d'economizzare le spese, si obbligano a mettere in comune tutte le mercanzie che ciascun d'essi fosse incaricato di trasportare (4). In tutte queste convenzioni manca l'elemento essenziale della società, l'intenzione di dividere i guadagni che potranno derivarne.

150. In che cosa deve consistere il guadagno? La nozione di guadagno implica l'idea d'un vantaggio pecuniario che arricchisce gli associati. È per aumentare la propria sostanza che gli uomini si associano. Ecco perchè le società voluttuarie non sono società. Ritorneremo su questo punto. Però è stato giudicato che i privati possono validamente costituirsi in società per mettere in comune il diritto di caccia che appartiene loro come affittuarii del diritto stesso. La sezione criminale ha conseguentemente deciso che è dell'essenza di queste associazioni creare, a vantaggio dell'individualità collettiva, interessi e diritti proprii e distinti dagli interessi e dai diritti di ciascuno dei suoi membri; donde segue che queste società costituiscono una persona civile e possono agire giudizialmente nelle forme e condizioni regolate dai loro statuti (5). Questa decisione solleva molti dubbii. La pretesa personificazione delle società civili ci pare un errore certo, anzi manca l'elemento essenziale delle società. Ov'è il guadagno che realizzano i soci? La Corte risponde che il guadagno consiste nella parte attribuita a ciascuno nel godimento della cosa sociale. Questo guadagno consiste in un diletto, in un piacere; esso non arricchisce certo i soci, poichè li sottopone a spese che eccedono di molto i prodotti. Perchè basterebbe il piacere della caccia a costituire una personalità civile, mentre gli altri piaceri non sono nemmeno sufficienti a costituire una società?

---

(1) DELONGLE, t. I, n. 3 e tutti gli autori.
(2) Rigetto, 29 novembre 1831 (DALLOZ, v. *Société*, n. 108).
(3) Parigi, 19 agosto 1851 (DALLOZ, 1854, 2, 84).
(4) Rouen, 5 marzo 1846 (DALLOZ, 1849, 2, 228).
(5) Cassazione, 18 novembre 1865 (DALLOZ, 1866, 1, 455).

151. Perchè la società esista, non basta che il contratto procuri un guadagno, ma occorre ancora che questo guadagno sia comune. È questa la dottrina tradizionale, e il codice la consacra dicendo che il conferimento in comune deve farsi al fine di *dividere il guadagno* che potrà derivarne (art. 1832). Infatti, la divisione dei guadagni implica ch'essi siano comuni (1). La giurisprudenza è pacifica in questo senso.

Due commercianti mettono in comunione la somma di duemila lire per fruirne alternativamente tre mesi ciascuno pei bisogni del loro rispettivo commercio. È stato giudicato che questa convenzione non costituiva una società. La Corte di cassazione dice che una società non può esistere senza un guadagno da dividere fra i soci e senza una perdita da sopportare in comune. Ora, questo carattere non si trovava nella convenzione in controversia, poichè la somma comune non era mai adoperata nell'interesse di entrambe le parti insieme; ma era alternativamente a loro disposizione pei loro affari particolari, il che esclude l'idea d'una società (2).

Alcune persone che posseggono un opificio in comune convengono che ciascuna lo eserciterà volta a volta per suo conto particolare, dietro un semplice compenso agli altri, per un determinato tempo. La Corte di cassazione ha giudicato che questa convenzione non creava fra i contraenti rapporti di soci. La sentenza impugnata diceva benissimo che una società non può esistere se non fra persone le quali mettono in comunione una cosa per dividerne i guadagni. Soci sono dunque soltanto coloro i quali devono ritrarre i beneficii dagli affari che si fanno nell'interesse di tutti, e devono contribuire alle perdite. Ora, nella specie, non vi era nè contribuzione alle perdite, nè divisione dei beneficii (3).

152. Il carattere della società che stiamo esaminando dà luogo ad un altro ordine di difficoltà. È incontestabile che la partecipazione agli eventuali beneficii d'una impresa è dell'essenza della società, e che senza questa partecipazione non è possibile alcuna società. Ma da questo non si deve conchiudere che ogni convenzione nella quale si riscontra questo elemento costituisca necessariamente una società. Vi sono altri elementi di cui bisogna tener conto. La Corte di cassazione li enumera in una sentenza pronunciata sovra relazione di Rau: « Il contratto di società esige come condizioni essenziali della sua formazione l'intenzione delle parti di associarsi, una cosa messa in comune, e la partecipazione ai guadagni ed alle perdite dell'impresa ». Nella specie, una delle parti che si pretendeva associata aveva dato dei capitali per l'esercizio di un'industria, stipulando, oltre

---

(1) TROPLONG, n. 16; PONT, t. VII, p. 52, n. 70.
(2) Rigetto, 4 luglio 1826 (DALLOZ, v. *Société*, n. 104).
(3) Rigetto, 4 gennaio 1842 (DALLOZ, v. *Industrie*, n. 418).

l'interesse legale, una parte negli utili. Dalla partecipazione agli utili si conchiudeva che vi fosse società. La Corte risponde che questa convenzione può costituire tanto un prestito, quanto anche una società, ma bisogna all'uopo vedere quale sia l'intenzione delle parti. Secondo i termini dell'atto, esse hanno voluto fare un prestito, ma potrebbe darsi che, sotto il nome di prestito, intendessero nascondere un' accomandita, per sottrarre ai cattivi rischi dell'impresa il capitale che deve dare chi fornisce i fondi. Spetta al giudice del fatto ricercare se le parti hanno voluto mettere il capitale in comunione, nel qual caso dichiarerà che vi ha società larvata sotto l'apparenza d'un prestito. La sentenza impugnata constatava, al contrario, che i capitali somministrati non erano stati messi in comunione, che si trattava di un prestito rimborsabile ad epoca fissa. Essa rilevava ancora che nell'intenzione delle parti, quale risultava dall'insieme degli atti e delle circostanze della causa, si trattava semplicemente fra esse d'una operazione di prestito, e non della costituzione d'una società in accomandita. Infine era certo che non si riscontrava negli atti alcuna traccia che colui il quale dava i fondi si fosse assoggettato ad una partecipazione nelle perdite. Dunque, malgrado la partecipazione agli utili, non vi era società (1).

152 *bis*. La stessa questione si è presentata rispetto ad una locazione. Viene stipulato un contratto col quale i proprietarii d'una filatura la danno in affitto per dodici anni, coll'annuo canone di venticinquemila lire ed una parte negli utili netti, valutata all'otto per cento pel secondo anno e ad un quarto per gli anni successivi. Uno dei conduttori muore, e l'altro è dichiarato fallito un mese dopo che un incendio aveva distrutto i fabbricati dello stabilimento. I locatori domandarono di essere ammessi con privilegio al passivo del fallimento per tutti gli effetti scaduti e da scadere, in forza dell'art. 2102 (legge ip., art. 20, n. 1). A questa azione i sindaci opposero che i pretesi locatori erano soci e tenuti come tali solidariamente verso i creditori sociali. È stato giudicato dalla Corte di Riom che l'atto litigioso era una locazione. Prodotto ricorso, intervenne una sentenza di rigetto (2), fondata sul motivo che l'apprezzamento dei giudici del fatto era sovrano. I primi giudici invocano l'intenzione delle parti risultante dalle stipulazioni dell'atto e l'esecuzione ch'esso aveva avuto. Era detto nel contratto che i locatori lascierebbero nello stabilimento il cotone che vi si trovava, salvo a riprendere, spirata la locazione, le mercanzie e le provviste dello stabilimento

---

(1) Rigetto, 8 gennaio 1872 (DALLOZ, 1872, 1, 194). Cfr. le sentenze riportate nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Société*, n. 142. Liegi, 9 luglio 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 421). Bruxelles, 30 ottobre 1828 e 31 marzo 1874 (*Pasicrisie*, 1828, p. 311, e 1874, 2, 156), e PONT, t. VII, p. 64, nn. 91-93.

(2) Rigetto, 9 novembre 1869 (DALLOZ, 1870, 1, 213).

fino a concorrenza di un *maximum* di cinquantamila lire, clausola usuale nelle locazioni di stabilimenti. Del resto, nulla indicava la costituzione d'una società fra le parti contraenti. La partecipazione agli utili faceva parte del prezzo di locazione. Per vedervi le caratteristiche di una società sarebbero state necessarie delle stipulazioni relative ai diritti ed agli obblighi dei soci, mentre gli affittuarii si erano sempre considerati come occupanti lo stabilimento a titolo di locazione.

153. Lo stesso principio è applicabile ad una convenzione molto in uso che interviene fra uno scrittore e l'editore. Questi s'incarica della stampa; le spese sono prelevate sul prodotto della vendita e gli utili si dividono. Talvolta l'autore si obbliga, in caso d'insufficienza dei prodotti della vendita, a sostenere la metà delle spese. Il tribunale di commercio di Parigi aveva giudicato che una simile convenzione conteneva tutti gli elementi d'una società commerciale. Ciascuna delle parti fa una contribuzione, l'una dei prodotti della propria intelligenza, l'altra dei suoi capitali e della sua industria, e si dividono tanto gli utili quanto le perdite. Sull'appello, la decisione venne riformata, pel motivo che l'autore il quale vende la sua opera non fa atto di commercio. Realmente l'editore e l'autore non hanno l'intenzione di associarsi. L'autore cede la sua opera od una edizione di questa. Gli elementi che la convenzione prende dalla società non sono che il regolamento dei diritti e degli obblighi risultanti dalla cessione (1).

154. È un caso molto comune fra i commercianti di dare, a titolo di salario, ad un commesso una quota parte degli utili. Questa convenzione fa dell'impiegato un socio del padrone? Ci pare che basti porre la questione per risolverla. L'eguaglianza è dell'essenza della società. Ora, il commesso è subordinato al suo capo. Questi può, secondo l'opinione generale, licenziare l'impiegato, salvo a pagargli una indennità quando la risoluzione del contratto abbia luogo estemporaneamente. È impossibile che l'impiegato, il quale è tenuto ad obbedire agli ordini che riceve da un superiore, sia eguale a costui. D'altronde gli elementi della società non si riscontrano nella convenzione che interviene fra il padrone ed il commesso. La partecipazione agli utili non basta, come abbiamo detto (n. 152); occorre una cosa messa in comune e l'intenzione di formare una società. Ora, il commesso non ha alcun diritto sul fondo comune, nè ha l'intenzione di divenire socio, perchè, a questo titolo, dovrebbe sopportare le perdite: egli loca i suoi servizii, e riceve, a titolo d'onorario, una parte nei beneficii (2).

---

(1) Parigi, 10 marzo 1843 (DALLOZ, v. *Société*, n. 131).

(2) È l'opinione degli autori, ed è consacrata dalla giurisprudenza. Vedi le citazioni in PONT, t. VII, p. 60, n. 87.

§ IV. — *Della partecipazione alle perdite.*

155. Il codice non parla della partecipazione dei soci alle perdite. Esso ha riprodotta la definizione di Pothier. Domat aggiunge che i soci mettono in comunione qualche cosa per dividere tutto ciò che potranno avere di guadagno o soffrire la perdita di ciò che avranno messo in società. Gli oratori del Tribunato dicono che a bella posta gli autori del codice non hanno menzionato nella loro definizione la partecipazione alle perdite. È sembrato al Tribunato, osserva Gillet, che il progetto fosse più esatto considerando la comunione delle perdite come una semplice condizione del contratto e non come il suo scopo. Senza dubbio, scrive Boutteville nella sua relazione al Tribunato, le parti devono dividere anche le perdite, ma, siccome fuor d'ogni dubbio esse hanno principalmente in vista d'ottenere di dividere dei beneficii, sarebbe difficile non trovare la definizione esatta (1).

Fra gli scrittori moderni, gli uni criticano la definizione del codice civile, mentre gli altri l'approvano (2). Trattasi d'una questione teorica, perchè in sostanza gli interpreti del codice sono d'accordo. Se l'art. 1832 non parla della partecipazione alle perdite, ne parla l'art. 1853, il quale decide che la parte dei soci nei beneficii o nelle perdite è proporzionale alla loro quota, e dall'art. 1755 risulta che questa partecipazione alle perdite è dell'essenza della società. Infatti, la legge annulla la convenzione che esonerasse da ogni contribuzione alle perdite le somme od effetti messi nel fondo sociale da uno o più soci. Diremo più avanti come la nullità della clausola concernente la perdita importi la nullità della società; anzi si può sostenere che la clausola, e quindi la società, più che nulla, è inesistente. Il codice si è allontanato, in questo punto, dalla dottrina di Pothier, il quale insegna potersi stipulare che uno dei soci sarà sciolto da ogni contribuzione alle perdite. Tale era anche il parere di Doneau, ed è questo il motivo pel quale egli non comprendeva la partecipazione alle perdite fra gli elementi essenziali del contratto di società (3). Gli autori del codice, avendo respinto questa opinione, avrebbero dovuto adottare a preferenza la definizione di Domat. Invano si dice che nessuno si associa per perdere, e che, se i soci potessero prevedere di

---

(1) GILLET, *Discorsi*, n. 5; BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 2 (LOCRÉ, t. VII, pp. 251 e 247).

(2) DUVERGIER, p. 23, n. 13; AUBRY e RAU, t. IV, p. 544, § 377; PONT, t. VII, p. 6, n. 4.

(3) POTHIER, *Della società*, nn. 19 e 25. DONEAU, lib. X e XV, § 7 (t. VIII, p. 61).

perdere, non farebbero un contratto di società. Ciò non toglie che i soci debbano prevedere il caso di perdita, poichè ogni impresa ha i suoi cattivi rischi. La perdita essendo sempre possibile, bisogna che la partecipazione alle perdite sia regolata al pari della partecipazione agli utili. Ora, l'eguaglianza, che è dell'essenza delle società, vuole che i soci contribuiscano alle perdite, come prendono parte agli utili. L'art. 1855 ha consacrato questo principio, e quindi la definizione dell'art. 1832 è incompleta.

§ V. — *Causa lecita.*

156. « Ogni società deve avere un *oggetto* lecito » (articolo 1833). L'art. 1108 pone fra le condizioni essenziali dei contratti un *oggetto determinato* ed una *causa lecita.* Quello che l'art. 1108 chiama *causa*, l'art. 1833 dice *oggetto.* Infatti, nei contratti sinallagmatici, la causa si confonde coll'oggetto, nel senso che la causa dell'obbligazione contratta dall'una delle parti è l'oggetto dell'obbligazione dell'altra. Rimandiamo a quanto dicemmo, al titolo delle *Obbligazioni*, sulla teorica della causa. Noi abbiamo censurata questa teoria, e l'art. 1833 viene in appoggio della nostra critica. La legge non parla d'una *causa* lecita, perchè nella società è evidente che la *causa* si confonde coll'*oggetto* (1). È inutile insistere su questo punto. Secondo la dottrina che abbiamo insegnata sulla causa e sull'oggetto delle convenzioni, l'oggetto lecito o la causa lecita formano una sola e medesima condizione, e l'oggetto illecito ha la stessa conseguenza della causa illecita, ossia il contratto non può avere alcun effetto (art. 1131); esso è inesistente, come si dice nel linguaggio della scuola. Si devono dunque applicare alla società il cui oggetto è illecito i principii che reggono i contratti inesistenti. La distinzione fra i contratti inesistenti ed i contratti nulli è stata esposta al titolo delle *Obbligazioni.*

157. Quando è illecito l'oggetto della società? L'oggetto confondendosi colla causa, bisogna applicare all'oggetto quello che l'art. 1133 dice della causa. L'oggetto è illecito quando è vietato dalla legge, quando è contrario ai buoni costumi o all'ordine pubblico. Noi abbiamo spiegato questa disposizione, al titolo delle *Obbligazioni*, applicandola alle società illecite. Ci rimane da completare l'esposizione della giurisprudenza (v. XVI, nn. 124-156).

Un decreto del 15 gennaio 1808 stabilisce a Saint-Etienne una direzione sotto il nome di *condizione* per la stagionatura delle

---

(1) PONT, t. VII, p. 30. n. 40.

sete. A termini del decreto, il direttore è nominato dal ministro dell'interno fra tre candidati. Due di questi fanno una convenzione colla quale stipulano che uno di essi desiste dalla propria candidatura, a condizione che, se l'altro è nominato, sarà suo socio, con perfetta eguaglianza così nell'impiego come negli emolumenti. Il contratto, dopo essere stato eseguito per qualche tempo, fu impugnato dal direttore titolare come illecito, contrario all'ordine pubblico ed ai buoni costumi. Si obbiettò che l'impiego di cui si trattava non aveva i caratteri d'una funzione pubblica. La Corte di Lione annullò la convenzione. Basta che l'impiego sia a disposizione del Governo perchè non sia permesso trafficarne. Gli uffici, quali ch'essi siano, sono fuori commercio, e non possono formare oggetto d'un contratto di società nè di qualsivoglia altro contratto (1).

158. Abbiamo detto altrove che lo spirito di lucro aveva invaso in Francia gli uffici ministeriali e le funzioni pubbliche dopo che una legge ebbe a permettere ai titolari di presentare un successore al Governo, ciò che ristabilì di fatto la venalità. Eccone un altro esempio. Due persone, aggiudicatarie, per la somma di quindicimiladuecento lire, di crediti d'un valore nominale di settecentomila lire sopra un fallimento, contraggono una società in partecipazione con un usciere. Questi si incaricava di fare, nell'interesse della società, tutti gli atti del suo ministero che potessero essere necessarii, e doveva ricevere, a titolo di rimunerazione, oltre il costo degli atti di procedura, il terzo dei beneficii che si sarebbero realizzati. Sulla domanda di nullità di questa convenzione, proposta contro l'usciere, la Corte di Riom decise che la detta società era nulla siccome contraria alle leggi ed all'ordine pubblico. Essa è contraria alle leggi, innanzi tutto perchè il codice di procedura (art. 66), vietando all'usciere di prestare il proprio ministero ai suoi parenti ed affini in linea retta, gli vieta, a maggior ragione, d'agire nel suo interesse personale, e in secondo luogo la tariffa del 1807 proibisce agli uscieri d'esigere altri diritti all'infuori di quelli che sono loro legalmente dovuti. La Corte soggiunge che una tale associazione è piena di pericoli pel pubblico, in quanto costituisce necessariamente, per l'ufficiale ministeriale, un'incessante tentazione di mancare ai doveri più essenziali della sua professione. Sul ricorso, la Cassazione pronunciò una sentenza di rigetto in seguito a deliberazione in Camera di consiglio. La Corte suprema non riproduce il motivo morale invocato dalla sentenza impugnata. Essa si limita a dire, in termini molto vaghi, che l'ordine pubblico vuole che l'ufficiale ministeriale non esca dai limiti del suo ministero. Perchè non colpire direttamente una convenzione che mette in partecipazione l'adempimento dei doveri e degli attributi inerenti ad una

(1) Lione, 12 gennaio 1822 (DALLOZ, v. *Société*, n. 159).

pubblica funzione? I tribunali devono far osservare la morale, quando si collega alle leggi, al pari dell'ordine pubblico. L'articolo 6 del codice civile ne fa loro un obbligo, poichè proibisce ai privati di derogare colle loro convenzioni particolari alle leggi che interessano l'ordine pubblico ed i buoni costumi. A maggior ragione il codice riprova come illecito il traffico d'un ufficio che si collega all'amministrazione della giustizia. Noi supponiamo che tale fosse il concetto della Corte, poichè essa dichiarò la società *inesistente*, il che implica ch'era fondata sopra una *causa illecita* (1).

159. È stato giudicato che l'atto di società intervenuto fra un procuratore al tribunale di commercio ed un avvocato al tribunale civile, avente per scopo di incaricarsi di ogni sorta d'affari che fossero affidati a ciascuno di loro, e di dividere gli emolumenti che ne provenissero, non aveva nulla d'illecito (2). Questo è vero nel senso che i fatti non costituivano il delitto di postulazione, ed era per questo titolo che la convenzione veniva impugnata. Ma restava l'ordine pubblico. Si può permettere ad ufficiali ministeriali od a procuratori di considerare l'adempimento del loro ministero come un traffico? Nulla di più legittimo per un commerciante che di estendere il numero dei propri affari. Lo Stato è interessato all'aumento della ricchezza individuale al pari dei privati, e il guadagno è l'anima del commercio. Chi oserebbe dire altrettanto delle liti? E se si ammette che si possano legittimamente considerare le liti come un elemento di traffico, di cui le parti si dividono gli emolumenti come si trattasse di caffè o di cotone, chi non vede che la passione del lucro sarà sovreccitata, che i trafficanti in liti faranno nascere contestazioni e porteranno davanti ai tribunali le più cattive cause purchè producano emolumenti? Eliminiamo dai ministri che si collegano all'amministrazione della giustizia ogni idea di commercio. Autorizzare le speculazioni sulle liti sarebbe viziare la giustizia nella sua sorgente, alterando il senso morale di coloro che vi concorrono.

160. Un avvocato s'impegna a dividere i beneficii del proprio studio col suo scrivano. È stato giudicato che questa convenzione è valida, perchè la partecipazione ai beneficii non è che un modo di regolare gli emolumenti ai quali il collaboratore ha diritto. Fu detto che ciò è incontestabile e che non può nemmeno sorgere questione in proposito (3). Ci resta però uno scrupolo, confermato dalla sentenza della Corte. In essa è detto che la possibilità che da una simile convenzione derivassero abusi non potrebbe essere una ragione per annullarla; che occorrerebbe d'altronde che questi abusi fossero stati provati.

---

(1) **Rigetto, 10 gennaio 1865 (Dalloz, 1865, 1, 290).**
(2) **Rigetto, 13 gennaio 1835 (Dalloz, v. *Avoué*, n. 207.**
(3) **Riom, 22 luglio 1842 (Dalloz, v. *Société*, n. 168, 1.°). Pont, n. 45.**

Così la Corte riconosce che si possono temere abusi, il che basta perchè la convenzione sia illecita. Infatti, è precisamente per gli abusi quasi inevitabili ai quali danno luogo queste associazioni ch'esse sono contrarie all'ordine pubblico. Esse introducono lo spirito di traffico, di speculazione, diciamo la parola, di cupidigia nell'esercizio d'un ministero il quale non deve avere in vista che lo stretto adempimento di funzioni le quali illuminino la giustizia e che, per conseguenza, non devono avere altro movente che il sentimento del dovere. Se si ragionasse come fa la Corte di Riom, nessuna società sarebbe illecita, poichè gli abusi sono sempre l'eccezione, e quindi bisognerebbe aspettare che si verificassero abusi per poter domandare la nullità. Tale non è lo spirito della legge. Essa riprova anticipatamente ogni società la quale, pel suo oggetto, fa temere abusi. Bisogna mantenere questa severità della legge. L'ordine morale, senza di cui non vi ha ordine sociale, vi è interessato.

161. La legge punisce come delitti le convenzioni che hanno per oggetto d'impedire agli aggiudicatarii pubblici di rendersi tali per il giusto valore. È stato giudicato che si deve considerare come lecita un'associazione in partecipazione formata fra due individui allo scopo d'ottenere un'aggiudicazione, sotto la condizione che uno di essi retrocederà la metà all'altro, e che, ove tenga le cose aggiudicate per sè solo, pagherà una data somma a titolo di clausola penale. La Corte di cassazione dice che si devono considerare come contrarie all'ordine pubblico soltanto le associazioni le quali, per il numero, le qualità, i raggiri degli associati, tengono lontani dall'asta i concorrenti (1). Dal punto di vista penale, ciò può essere vero, ma l'art. 1133 reputa illecite non solo le cause vietate dalla legge, ma anche quelle che sono contrarie all'ordine pubblico od ai buoni costumi. Ora, l'associazione, nel caso concreto, se non aveva per oggetto d'allontanare altri concorrenti, tendeva almeno ad impedire la concorrenza fra i due associati, mentre è dell'essenza dell'aggiudicazione di provocare una concorrenza illimitata. Ci pare che vi sia una certa rilassatezza nella giurisprudenza, o almeno una tendenza a legittimare convenzioni che conducono necessariamente ad abusi. La severità, in questa materia, è nello spirito della legge.

162. La Corte di Parigi ha dichiarato illecita una società in nome collettivo, costituita fra un farmacista e due medici per l'esercizio in comune d'uno stabilimento farmaceutico. Essa invoca le leggi e regolamenti concernenti l'esercizio della farmacia. A termini della dichiarazione del 25 aprile 1777, solo i farmacisti padroni potevano tenere aperti laboratorio ed officina, e non potevano tenere queste officine se non in quanto possedevano ed esercitavano personalmente la loro professione. Ogni

---

(1) Rigetto, 23 aprile 1834 (Dalloz, v. *Obligations*, n. 581, 2.°).

locazione o cessione di privilegio era vietata. La legge del 17 aprile 1791 mantenne queste disposizioni. È nello stesso intendimento che la legge del 25 germinale anno XI dispone che nessuno può avere un'officina farmaceutica senza avere il titolo legale autorizzante a prendere una patente di farmacista. Queste disposizioni implicano divieto di ogni società nella quale il farmacista, rinunziando a restare solo padrone della direzione e dell'esercizio del suo stabilimento, alienasse la propria libertà d'azione e compromettesse le garanzie d'indipendenza e di responsabilità personale che la legge esige da lui nell'interesse della pubblica sanità. La Corte constatava in seguito che la società in controversia conferiva a ciascuno dei soci, e quindi a coloro che non avevano la qualità di farmacista, la direzione, a titolo eguale, dello stabilimento, il che costituiva una violazione delle regole che governano l'esercizio della farmacia (1). Questa decisione è perfettamente motivata dal punto di vista delle leggi. Ma la convenzione non era illecita sotto altri riguardi? Dare a medici un interesse in uno stabilimento farmaceutico non è porli fra il loro interesse e il loro dovere? Supponiamo ch'essi siano convinti che la medicina omeopatica sia preferibile alla vecchia medicina. Seguiranno essi la loro convinzione a danno dei loro interessi? E se non consultano che il loro interesse, non prescriveranno delle droghe per aumentare il loro dividendo, invece di non consultare che l'interesse del malato? Insistiamo su queste considerazioni morali, perchè le Corti le trascurano, eppure sono essenziali.

163. Quale è l'effetto della società illecita? L'art. 1131 risponde che una obbligazione fondata su causa illecita non può avere alcun effetto. È l'applicazione del principio che regge i contratti inesistenti. Un contratto inesistente, come una società illecita, non esiste agli occhi della legge, e quindi il legislatore non può riconoscergli alcun effetto. E quale è l'effetto dei contratti? Quello di dare un'azione al creditore contro il debitore, conformemente alle convenzioni stipulate dalle parti contraenti. Quando la società è illecita, non vi ha società, e quindi non vi hanno soci, e conseguentemente non può aver luogo alcuna azione d'un socio contro l'altro.

164. Sul principio tutti sono d'accordo. È l'applicazione dell'art. 1131 alla società. Ma sulle conseguenze del principio le opinioni sono molto divise e i dubbii non mancano. Supponiamo anzitutto che la questione sorga fra soci. Se la società non ha avuto alcuna esecuzione, la soluzione è semplicissima: non vi ha società e quindi non vi ha azione di un socio contro il suo consocio. Il lasso di tempo non può cancellare il vizio che colpisce la società illecita; non è possibile alcuna conferma. In qualunque tempo sia intentata l'azione, il convenuto risponderà che l'attore

(1) Parigi, 27 marzo 1862 (DALLOZ, 1862, 2, 105).

non può agire in forza d'un contratto di società che non esiste. Noi non facciamo che applicare alla società illecita i principii che abbiamo stabiliti, al titolo delle *Obbligazioni*, riguardo ai contratti inesistenti e, specialmente, alla causa illecita (1).

165. Le difficoltà cominciano quando i soci hanno realizzato le loro contribuzioni. Possono essi esercitarne la ripresa? Abbiamo insegnato, al titolo delle *Obbligazioni*, che ciò che è stato pagato in forza d'una obbligazione fondata sopra causa illecita può essere ripetuto (v. XVI, n. 164). Se si ammette il principio, bisogna decidere che i soci hanno azione per ripetere le loro quote. Questa opinione è seguita da molti, ma vi ha una seria obbiezione. Uno dei soci è detentore dei contributi sociali. Se gli altri soci agiscono contro di lui, egli li respingerà dicendo che non vi ha azione in forza d'un contratto inesistente. Ora, è appunto in forza del contratto di società che i soci agiscono, perchè essi reclamano le loro quote, i loro contributi, e può parlarsi di contributi e di quote ove non esiste alcuna società? A Troplong è sembrato che l'obbiezione non ammettesse replica (2). Sentiamo la risposta che vi si dà. Chi ritiene le quote le ha ricevute, non come proprietario, ma come depositario, in vista d'un impiego convenuto fra soci; egli è detentore senza causa. Coloro che ripetono le loro quote contro di lui non fondano la loro domanda sulla società, ma invocano, al contrario, l'invalidità della società (3). Questa dottrina è prevalsa nella giurisprudenza (4). Ecco i motivi che il tribunale di Nantes ha dato in appoggio della sua decisione. Nella specie, era stata costituita una società per l'esercizio d'uno studio di notaio, colla clausola di dividere i guadagni fra il notaio e il suo socio, il quale doveva succedergli, ma la sua presentazione non doveva aver luogo che dopo otto anni. Il cessionario pagò centomila lire. La ripetizione di questa somma formava l'oggetto della lite. Il tribunale ha ammesso la ripetizione, anzitutto per un motivo di giustizia. È certo che, se le centomila lire non fossero state pagate, il cedente non avrebbe avuto alcuna azione per esigerne il pagamento. Sarebbe ingiusto ch'egli potesse ritenere ciò che non avrebbe avuto il diritto di reclamare. L'art. 1131 dice che il contratto basato su causa illecita non può avere alcun effetto, nè per il passato nè per l'avvenire. Dal momento che la convenzione deve essere eliminata, rimane un pagamento fatto senza causa, il quale è soggetto a ripetizione. Il tribunale respinge le distinzioni che si facevano in

(1) Vedi il vol. XVI dei miei *Principii*, nn. 157 e 160. Nello stesso senso, PONT, p. 41, n. 52.

(2) DELAMARRE e POITVIN, *Trattato di diritto commerciale*, t. I, n. 51. TROPLONG, n. 105.

(3) PONT, t. VII, p. 41, n. 53, e gli autori che cita.

(4) Corte della Riunione, 18 gennaio 1850 (DALLOZ, 1855, 1, 5, senza motivo). Sentenza del tribunale di Nantes del 23 giugno 1845 (DALLOZ, 1845, 4, 377).

diritto romano e che noi pure abbiamo ripudiate (v. XVI, numero 164), e sostituisce al principio romano un principio, a nostro avviso, molto più giusto. Quando i due contraenti sono egualmente in colpa per aver contravvenuto alla legge, sarebbe ingiusto che l'uno subisse una perdita e l'altro ottenesse un guadagno. La ragione e la giustizia vogliono che la colpa non sia una fonte di guadagno per nessuno e che le parti siano rimesse nella condizione in cui si trovavano prima del loro contratto illecito.

166. Noi accettiamo questa argomentazione. Essa ci pare non solo più morale, ma anche più giuridica dell'opinione che rifiuta ogni azione di ripetizione. Una società illecita non esiste e non ha mai esistito, è il nulla. Essa è riprovata fin dalla sua costituzione, e quindi gli effetti che ha prodotti devono essere annullati, altrimenti non sarebbe vero il dire che il contratto deve essere assimilato al nulla. Il principio ci pare incontestabile, ma nell'applicazione urta contro una gravissima difficoltà. La società illecita ha funzionato, ha realizzato dei guadagni, poi è dichiarata inesistente. Che cosa avverrà dei guadagni? Il socio che ne è detentore può essere citato per dividerli? Secondo l'opinione tradizionale ammessa dalla maggior parte degli autori, si risponde che i soci non hanno l'azione di divisione, perchè non può esservi divisione dei guadagni che in forza del contratto di società, mentre non esiste alcun contratto. Si conchiude che bisogna attenersi ai fatti compiuti quali esistono al momento in cui il contratto viene annullato (1).

Questo risultato offende il senso morale. D'ordinario tutte le parti sono egualmente in colpa, ma quella che il caso o forse una colpevole preveggenza ha resa depositaria dei guadagni li ritiene: essa ritrae da una società illecita più di quanto avrebbe guadagnato da una lecita, e quindi fa un lucro in conseguenza della sua colpa. È cosa immorale, ed in opposizione collo spirito della legge. L'art. 1131 dice che il contratto illecito non può avere alcun effetto, ed ecco che questo contratto, che si assimila al nulla, produce ciononostante un effetto importantissimo assicurando tutti i guadagni all'uno dei colpevoli. Ma è egli vero che la conseguenza sia logica e necessaria? Noi crediamo che vi sia modo di conciliare il diritto col sentimento morale. Anzitutto si può invocare il testo dell'art. 1131. Il tribunale di Nantes dice benissimo che, rifiutando la legge ogni effetto alla società illecita, le parti devono essere rimesse nello stato in cui erano prima d'aver contrattato. Come applicare questo principio quando il contratto ha prodotto degli effetti? I fatti compiuti non possono essere annullati, poichè la natura delle cose vi si oppone. Se i beneficii fossero stati divisi, questa divisione sarebbe mantenuta. È impossibile annullare la distri-

---

(1) Vedi le citazioni in PONT, t. VII, p. 42, n. 54.

buzione che è stata fatta: occorrerebbe all'uopo annullare tutte le operazioni consumate, vale a dire dare ai terzi che hanno trattato coi soci il diritto d'impugnare convenzioni liberamente consentite. Dubitiamo che il principio dell'inesistenza della società illecita possa essere spinto fino a questa conseguenza. Ad ogni modo, non lo si è mai proposto. Diremo più avanti qual'è l'effetto della società illecita a riguardo dei terzi. Pel momento si tratta di decidere una contestazione fra soci. Venne realizzato e diviso un beneficio. È un fatto compiuto che non si può annullare. Se il beneficio non è stato diviso, non si deve decidere che sarà distribuito fra i soci? Se la divisione consumata è convalidata, malgrado l'inesistenza della società illecita, perchè non potrebbe essa esistere malgrado l'annullamento della società? Invano si dice che la divisione annullata non può più produrre alcun effetto. In realtà, la divisione non è annullata e non può nemmeno esserlo, perchè non si annulla ciò che non esiste. Tanto dopo quanto prima della sentenza la società è inesistente. Se la divisione fatta prima della sentenza viene convalidata, perchè non si manterrebbe la divisione fatta dopo la sentenza o in virtù di questa? La situazione è identica, tanto dopo quanto prima la divisione si fa senza che esista una società. Se si convalida l'una, si può convalidare anche l'altra.

E impossibile, si dice, perchè una società illecita, e come tale inesistente, non potrebbe dar luogo ad un'azione giudiziaria. Rispondiamo che l'azione non si fonda sulla società, ma sopra un fatto, la comunione che è esistita fra i soci. Questa comunione di fatto deve essere liquidata. Se si permette di liquidarla per quanto riguarda i fondi sociali o i contributi, perchè non si permetterebbe di liquidarla quanto ai beneficii? La distinzione che si fa tra i beneficii e le quote è più sottile che vera. Quando la società è assimilata al nulla, non possono esservi nè contributi nè beneficii. Non resta che un fatto, il fatto della comunione, il quale dà luogo ad azioni. Ed è realmente sulla comunione che è fondata l'azione di divisione, come la ripetizione dei contributi, e non sul contratto di società. Supponiamo che il contratto attribuisca ad uno dei soci una parte negli utili maggiore della quota virile. Potrebbe egli invocare questa clausola per reclamare la divisione ineguale? No, perchè egli non ha azione in forza della società; egli non può agire che in forza della comunione di fatto, e questa comunione si decide sempre secondo il principio dell'eguaglianza.

Si obbietta che è impossibile accordare un'azione giudiziaria in forza di un contratto inesistente, specialmente quando la causa è illecita. La nostra risposta si trova in un testo di legge e nella dottrina che l'ha interpretata. Quando il matrimonio viene annullato, rimangono annullate anche le convenzioni matrimoniali, fuorchè nel caso in cui i coniugi l'abbiano contratto in buona fede (art. 201). I coniugi si sono maritati sotto il regime della comunione legale, che è una società di beni universale. Questo

contratto di società non produrrà alcun effetto. Tuttavia è esistita una comunione di fatto, e come tale sarà liquidata. I conjugi avranno azione, in forza di questa comunione, non solo per la ripresa dei loro contributi, ma anche per la divisione dei beneficii. Può dunque esservi azione in forza della comunione, quantunque la società che le parti hanno voluto formare sia nulla. Ciò risponde al rimprovero d'immoralità che si potrebbe fare alla nostra dottrina. L'ordine pubblico ed i buoni costumi si oppongono, si dice, a che una società illecita, come uua società pel contrabbando, attribuisca un'azione giudiziaria a coloro che sono colpevoli di un delitto. Domanderemo se la bigamia non sia un delitto ben più grave del contrabbando. Eppure i cojugi bigami hanno un'azione per la liquidazione della comunione di fatto che è esistita fra loro. Basta formulare l'azione per convincersi ch'essa non ha nulla d'immorale. Essa non è fondata sul delitto di bigamia, ma sulla comunione esistita fra i bigami. Così pure l'azione dei soci, in caso di contrabbando, non è fondata su questo, ma sulla comunione d'interessi che si è formata tra i contrabbandieri. Essi non avranno azione in forza del loro contratto di società, come i conuigi non hanno azione in forza del loro contratto di matrimonio, ma in entrambi i casi vi sono interessi comuni. Questi interessi sono un fatto, e bisogna bene che questo fatto sia liquidato.

Si dirà che il nostro confronto zoppica. La comunione di fatto che si forma fra i coniugi bigami è per sè stessa lecitissima, e se il contratto di matrimonio viene annullato, ciò accade perchè non potrebbero esservi convenzioni matrimoniali fra persone che si ritiene non siano mai state maritate. Gli è altrimenti d'una società illecita. Gli interessi comuni sono, in questo caso, illeciti, e vi ha qualche cosa d'immorale nel dare un'azione giudiziaria per regolare interessi illeciti. Conveniamo che vi è una lieve differenza fra una società illecita ed un contratto di matrimonio nullo per la bigamia dei coniugi, ma sta sempre che, nel caso di bigamia, la legge annulla la società di beni e accorda tuttavia ai coniugi colpevoli un'azione per liquidare i loro interessi comuni. Vi ha qualche cosa d'illecito anche in questi interessi, poichè la comunione di beni si è formata in conseguenza di un delitto. Ciò basta perchè si possa invocarla per analogia. Aggiungeremo che in ogni ipotesi resta un effetto immorale, cioè che una società illecita ha procurato benefizii i quali tornano a vantaggio sia integralmente all'uno dei colpevoli, sia ai colpevoli tutti. Questo effetto offende il senso morale. Ma è esso meno offeso quando uno dei colpevoli si appropria tutto il guadagno ed alla colpa aggiunge anche l'ingiustizia arricchendosi a spese dei suoi consoci? Il legislatore soltanto potrebbe rimediare al male, confiscando a profitto degli istituti di beneficenza i guadagni fatti da una società illecita.

167. La nostra opinione è isolata. Dobbiamo insistervi, non tanto per difenderla quanto per dimostrare l'incertezza e l'incon-

seguenza della dottrina generale. Si invoca la tradizione romana. Noi la escludiamo dalla questione, perchè, respingendo le distinzioni che si facevano in diritto romano, dobbiamo respingere anche l'applicazione che se ne fa alla società illecita. Non è esatto il dire che l'opinione contraria alla nostra è generalmente seguita. Coloro stessi che la professano in teoria l'abbandonano o vi fanno delle eccezioni quando si tratta di applicarla. Così Duvergier insegna che se, al momento in cui la società viene annullata, resta una cosa comune posseduta da uno dei soci, questi può esserne privato a richiesta degli altri purchè ne sia fatta fra tutti la divisione come se fra loro fosse esistita una comunione. Si è detto giustamente che questo è illogico (1). L'inconseguenza è evidente, poichè Duvergier ammette il principio sul quale è fondata l'opinione generale. Ma qual'è la ragione di questa contraddizione? È il senso morale che si ribella contro la conseguenza alla quale conduce l'opinione generalmente seguita. Il socio che detiene la cosa comune la possiede in forza della convenzione illecita, e pretende appropriarsela in danno degli altri soci, pure essendo colpevole al pari di essi. Dal punto di vista morale, Duvergier ha ragione, ma ha torto d'accettare il principio giuridico che conduce ad una conseguenza che il senso morale riprova.

Toullier fa un'altra distinzione. Vi hanno cose illecite per loro natura, vietate dal diritto naturale. Tali sono i delitti ordinarii. Una società costituita per il furto e il brigantaggio non può mai dar luogo ad un'azione giudiziaria. Altre cose sono vietate soltanto dal diritto civile, vale a dire da un diritto arbitrario e soggetto ad essere mutato. Tale è il contrabbando. Il contratto, una volta soddisfatta la legge penale, dovrebbe essere considerato come valido. È vero che le leggi proibitive sono variabili, ma, finchè sussistono devono essere obbedite, e se vi si contravviene, le convenzioni sono indubbiamente illecite nel senso degli articoli 6, 1131 e 1133. In realtà, la distinzione di Toullier conduce ad accordare azione in forza d'una convenzione illecita. Infatti, giusta gli esempi dati da Toullier, non vi ha associazione per l'assassinio e l'adulterio, e se vi hanno associazioni le quali hanno per oggetto il furto e il brigantaggio, non si son mai viste promuovere un giudizio civile: i soci non figurano che sui banchi dei rei (2).

168. La giurisprudenza non ha principii certi, ma si decide a seconda che le associazioni considerate come illecite sono o non sono favorite. Prima della legge francese del 2 luglio 1862, le società costituite fra agenti di cambio per l'esercizio della loro professione erano reputate illecite. Tuttavia la giurispru-

---

(1) DUVERGIER, p. 42, n. 32. In senso contrario, DELANGLE, n. 162, e PONT, n. 55.

(2) TOULLIER, t. III, 2, p. 75, nn. 125-127. In senso contrario, TROPLONG, n. 102, e tutti gli autori (PONT, n. 56).

denza, pur colpendole di nullità per l'avvenire, attribuiva loro effetto quanto al passato. Le Corti applicarono la stessa dottrina, o, a meglio dire, mostrarono la stessa indulgenza per le società che hanno per oggetto un officio. Esse vanno più in là di quanto non facciamo noi. Secondo la nostra opinione, non vi ha mai azione che in forza della comunione di fatto che ha esistito fra i soci, mentre la giurisprudenza procede alla divisione dell'attivo e del passivo giusta le basi stabilite dalle convenzioni sociali. Ma questa non è una dottrina. Vi hanno sentenze più severe le quali, dichiarando nulla la società formata per l'esercizio di un officio, interdicono alle parti ogni azione per revisione dei conti ed anche per la ripetizione delle somme riscosse. Quali sono i motivi di questo favore e di questo disfavore? Si cercherebbe invano un principio in simili decisioni. Ad ogni modo, la giurisprudenza indietreggia il più delle volte davanti l'applicazione del principio stabilito dalla dottrina. È il senso morale che decide, e da questo punto di vista, i giudici ammetteranno sempre difficilmente che l'una delle parti contraenti ritenga, a danno delle altre, il guadagno fatto in comune (1).

169. Qual'è l'effetto della società illecita a riguardo dei terzi? Si tratta di sapere se i soci possono invocare la nullità contro i terzi e se i terzi possono invocarla contro i soci. La questione è controversa. Se si ammette, come abbiamo detto, che la società illecita è un contratto inesistente, bisogna applicare i principii che reggono questi contratti. Ora, ciò che li caratterizza si è che, non riconoscendone la legge l'esistenza, per motivi di ordine pubblico, ogni persona interessata può invocarne la nullità, per meglio dire, l'inesistenza (2). Quand'anche non si ammettesse la distinzione fra i contratti inesistenti e i contratti semplicemente nulli o annullabili, si arriverebbe alla stessa conclusione quando la causa del contratto è illecita. Infatti, la nullità è, in questo caso, d'ordine pubblico, e quando l'interesse pubblico esige l'annullamento, la legge dà azione ad ogni parte interessata. Dunque non vi ha a distinguere fra i soci e i terzi. Bisogna stare ai termini assoluti dell'art. 1131. Le convenzioni fondate sopra una causa illecita non possono avere alcun effetto.

Gli scrittori sono divisi. Alcuni distinguono. I soci non possono invocare la nullità contro i terzi, mentre i terzi possono invocarla contro i soci. Si fonda questa distinzione sull'art. 42 del codice di commercio (art. 11 della legge del 18 maggio 1873), che riguarda la nullità risultante dalla mancanza di pubblicità

---

(1) Vedi le sentenze citate da PONT, t. VII, p. 44, n. 57. Bisogna aggiungere Parigi, 17 marzo 1861 (DALLOZ, 1862, 2, 105). Questa sentenza si avvicina alla nostra opinione. Pur dichiarando nulla, d'una nullità radicale, un'associazione in nome collettivo fra un farmacista e due medici, la Corte soggiunge ch'essa ha creato fra le parti una *comunione d'interessi*, la quale, secondo lo stato dei fatti della causa, deve essere regolata nei termini della convenzione che l'ha costituita.

(2) Vedi il t. I dei miei *Principii*, nn. 71 e 72.

delle società commerciali (1). A nostro avviso, non vi ha alcuna analogia fra una nullità stabilita unicamente nell'interesse dei terzi che contrattano colla società ed una nullità d'ordine pubblico, nullità che priva il contratto di ogni effetto e lo rende inesistente agli occhi della legge. Pont propone un'altra distinzione. Quando i terzi conoscono o hanno potuto conoscere il carattere illecito della convenzione, le parti possono opporre loro la nullità per eliminare l'effetto dell'atto, ma quando i terzi ignoravano la natura della società, le parti non possono invocare contro di essi la nullità. L'art. 1131 respinge tanto questa distinzione, quanto la prima, e, secondo la teoria dell'inesistenza delle convenzioni illecite, non si concepisce nemmeno la distinzione. Può il nulla essere convalidato e produrre effetti perchè i terzi ignorano la causa che rende il contratto inesistente? La loro buona fede non può dare alla società un'esistenza legale che non ha.

La giurisprudenza ha poca autorità in questa materia, perchè manca di un principio certo. Pur ammettendo che la convenzione per l'esercizio di un ufficio è colpita da nullità radicale, essa dà effetto alla società fra soci quando si tratta di un'agenzia di cambio. A riguardo dei terzi, la Corte di Lione ha deciso che essi non avevano l'azione solidale che spetterebbe loro se la società fosse lecita, ma ha riconosciuto loro un'azione contro ciascuno dei soci individualmente nella proporzione del suo interesse nella società illecita. Queste varie decisioni sono affatto arbitrarie; esse sono appena motivate. Le Corti giudicano in fatto e creano esse stesse la legge che applicano. Altre Corti decidono che le società illecite per l'esercizio di un ufficio non possono essere invocate dai terzi, senza motivare la loro decisione se non sul carattere illecito della convenzione, la quale non permette di attribuirle un effetto a riguardo dei terzi. Queste decisioni contraddittorie provano la mancanza di ogni principio (2).

§ VI. — *Forma.*

170. L'art. 1834 dispone: « Ogni società deve essere stipulata per iscritto quando il suo oggetto è di un valore che eccede le centocinquanta lire. La prova testimoniale non è ammessa contro ed in aggiunta al contenuto nell'atto sociale, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o

---

(1) TALON, *Studio sul contratto di società*, p. 89 e seg. In senso contrario, PONT, t. VII, p. 39, n. 50.

(2) Rigetto, 15 dicembre 1851 (DALLOZ, 1852, 1, 71). Lione, 27 febbraio 1853 (DALLOZ, 1853, 2, 207). Rennes, 9 aprile 1851 (DALLOZ, 1853, 2, 208).

posteriormente a quest'atto, ancorchè si trattasse di somma o valore minore di centocinquanta lire ». Questa disposizione è la riproduzione letterale dell'art. 1341, ch'essa non fa che applicare al contratto di società. La legge intende dunque mantenere, per quanto riguarda la società, le regole che stabilisce, al titolo delle *Obbligazioni*, sulla prova testimoniale. È evidente per i principii formulati dall'art. 1341, poichè l'art. 1834 li riproduce testualmente. Gli è lo stesso delle eccezioni che la legge stabilisce a queste regole, e, in termini più generali, bisogna dire che la società resta sotto l'impero del diritto comune qnanto alla prova. Le disposizioni che il codice contiene sulla prova delle obbligazioni sono generali per loro natura. Esse sono applicabili a tutti i contratti, a meno che il codice non vi abbia derogato. Ora, al titolo della *Società*, non si trova alcuna derogazione al diritto comune, il che è decisivo.

Si potrebbe obbiettare che l'art. 1834, riproducendo una disposizione del capitolo delle prove, esclude per ciò stesso le altre, quelle almeno che riguardano la prova testimoniale. È un argomento tratto dal silenzio della legge, ma è una cattiva argomentazione quando tende a derogare ai principii generali di diritto. Nella specie, deve essere respinta senza esitare. Non si può invocare l'art. 1834 per indurne che l'intenzione degli autori del codice è stata di derogare al diritto comune che regge le prove, perchè essi stessi hanno avuto cura di dirci il motivo pel quale hanno riprodotta, al titolo della società, la disposizione dell'art. 1341. Vi erano nell'antico diritto società tacite, conosciute sotto il nome di *sociétés saisibles* o di *compagnie*. Erano società universali, che si formavano, fra parenti od amici, pel solo fatto dell'abitazione e della vita comune per un anno e un giorno, avendo in comune guadagni e perdite. Esse potevano provarsi per mezzo di testimonii. Già quando fu redatto il codice esse non esistevano più in un gran numero di provincie. Scopo dell'articolo 1834 fu di abrogarle, nel senso che non si può più provare con testimonii una società qualsiasi quando il valore del suo oggetto eccede centocinquanta lire. Gli oratori del Tribunato lo hanno detto in termini formali. Si legge nella relazione di Boutteville: « Le associazioni conosciute dai nostri antichi sotto il nome di *sociétés saisibles*, e che si formavano pel solo fatto della coabitazione, non si addicevano più da lungo tempo ai nostri costumi. Il progetto ha cura di richiamare il *principio generale* il quale vuole che ogni convenzione avente per oggetto un valore eccedente centocinquanta lire sia stesa per iscritto ». « Questa disposizione (art. 1834), dice Gillet, fa cessare una stipulazione di cui l'osservatore ama contemplare le ultime vestigia, l'istituzione delle comunioni tacite. Famiglie unite da più secoli sotto il titolo di *copersonniers* avevano onorato questa istituzione, la quale portava nei costumi una certa immagine dell'antichità patriarcale. Ma la maturità

della nostra civilizzazione non permette più di conservare l'idea di questi usi che come interessanti ricordi ».

Gli oratori del Tribunato si esprimono in termini troppo assoluti. Non è esatto dire che il codice ha inteso abolire un'antica istituzione, immagine dei costumi patriarcali. È sempre libero a famiglie vincolate dall'amicizia di unirsi e di formare una società universale di guadagni, ma non possono più provare la loro associazione per mezzo di testimonii. L'innovazione non cade dunque che sulla prova. Così limitata, essa si comprende. Leggendo i discorsi dei tribuni, ci si domanda perchè il legislatore ha abrogato antiche associazioni che l'affetto aveva formato e che una amicizia ereditaria perpetuava. A dire il vero, l'abolizione si limita a respingere la prova testimoniale, e vi erano all'uopo eccellenti ragioni. Finchè sussisteva il vincolo della confraternita, si poteva far senza della prova scritta, perchè non vi era alcuna lite. Ma la concordia dei copersonniers poteva far luogo alla divisione ed a questioni giudiziarie. Il tribunale d'appello di Parigi ci dice che queste questioni erano frequenti e di difficile decisione, ed applaudisce all'innovazione. « Si devono lodare, esso dice, gli autori del progetto di codice d'aver soppresso questo avanzo delle noste istituzioni gotiche. Le società *saisibles* formano un'eccezione pericolosa alla regola, così saggia e necessaria, posta all'ordinanza di Moulins, che vieta d'ammettere la prova testimoniale in materia di convenzioni oltre una data somma. Esse presentano, d'altronde, un fatto difficile a constatarsi, complicato nei suoi dettagli, sovente oscuro e molto equivoco, dal quale risultano numerose liti » (1). Tale è la vera spiegazione dell'art. 1834, ed essa lo giustifica completamente.

171. L'art. 1834, anzichè derogare al diritto comune, ha dunque avuto per scopo d'applicare il diritto comune ad una specie di società per la quale l'antica giurisprudenza aveva ammesso un'eccezione. Partendo da questo principio, è facile risolvere le difficoltà che si sono presentate nell'applicazione della legge. Reali difficoltà non vi sono. Quelle che sono state portate davanti i tribunali si risolvono colle regole che abbiamo esposte al titolo delle *Obbligazioni*. L'art. 1834, dicendo che ogni società deve essere redatta per iscritto quando il suo oggetto è d'un valore che eccede centocinquanta lire, intende che le società non possono provarsi che con un atto autentico o per scrittura privata? No, certo. L'art. 1834 ha lo stesso senso dell'art. 1341, di cui è la riproduzione. Esso vieta la prova testimoniale della società il cui oggetto eccede il valore di centocinquanta lire. Come si prova la società nel caso in cui la prova per testimonii non è ammessa? L'art. 1834 non ri-

(1) FENET, *Raccolta dei lavori preparatorii*, t. V, p. 279; PONT, n. 138.

sponde a questa domanda. La risposta si trova al titolo delle *Obbligazioni*.

172. Una prima conseguenza deriva da questo principio che la scrittura non è necessaria per la validità del contratto di società. L'art. 1834 non decide che una questione di prova. Treilhard lo dice nell'*Esposizione dei motivi*, e la cosa è così evidente che era inutile dirlo. « La formalità d'una scrittura non è necessaria per la sostanza d'un contratto, essa è prescritta soltanto per la prova. Il contratto è perfetto fra le parti contraenti col consenso e indipendentemente da ogni scritto, ma i tribunali non possono riconoscerne l'esistenza che quando è provata, e la prudenza non permette d'ammettere altre prove all'infuori di quelle che risultano da un atto quando è stato possibile farlo. Questa disposizione non è particolare al contratto di società, ma si applica ad ogni sorta di convenzioni ».

173. La prova scritta si fa o per atto autentico o per scrittura privata. Lasciamo da parte gli atti notarili, che non hanno dato luogo ad alcuna difficoltà in materia di società. Quanto agli atti per scrittura privata che constatano la società, essi sono soggetti all'art. 1325, poichè la società è un contratto sinallagmatico. Fu giudicato che la società è inesistente se l'atto non sia stato firmato da tutte le parti (1). La decisione è, a nostro avviso, troppo assoluta. In diritto, lo scritto non è necessario perchè la società esista, non trattasi che d'una questione di prova (n. 172). Il contratto non sarebbe inesistente se non quando la mancanza della firma dell'una delle parti fosse una prova che la convenzione non è stata formata, il che può essere, ma può anche non essere, come abbiamo detto al titolo delle *Obbligazioni* (vol. XIX, n. 122). Nel caso concreto, la cosa era dubbia. Si pretendeva che la convenzione era stata eseguita. La Corte avrebbe dovuto ammettere la prova di questo fatto, perchè ne risultava evidentemente che la società era stata realmente formata. Non si eseguiscono semplici trattative. La prova dell'esistenza della società può risultare da scritture che non sono redatte nelle forme prescritte dall'art. 1325? Secondo la nostra opinione, la negativa è certa. Abbiamo insegnato, al titolo delle *Obbligazioni* (vol. XIX, n. 224), che la corrispondenza delle parti non può servire di prova letterale. A maggior ragione le parti non possono allegare altre scritture. Generalmente si ammette l'opinione contraria. Si insegna che uno scritto qualunque basta quando le parti riconoscono in esso che sono o sono state associate. Che cosa si fa dell'art. 1325 secondo questa opinione? Lo si elimina per la ragione che l'art. 1834 non esige che le parti producano un atto steso nelle forme dell'art. 1325; esso si contenta di uno scritto, vale a dire d'una prova lette-

(1) Bruxelles, 5 gennaio 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 271).

rale qualsiasi. Rispondiamo che l'art. 1834 non fa che riprodurre l'art. 1341, e, a termini di questa disposizione, « deve essere steso *atto* davanti notaio o per scrittura privata per tutto quanto ecceda la somma o il valore di centocinquanta lire ». La legge esige dunque un *atto*, e in quel modo che l'*atto autentico* non può essere invocato come prova se non quando riunisce tutte le condizioni richieste per l'autenticità, così l'*atto per scrittura privata* non esiste come prova che quando siano state osservate le formalità dell'art. 1325. Ammettendo ogni scritto come prova letterale si fraintende il sistema di prova organizzato dal codice civile. La legge determina la forza probativa delle scritture che non sono state stese per constatare il fatto litigioso, e dà loro la forza di un principio di prova per iscritto (art. 1347). Per eccezione vi attribuisce una fede maggiore, ma sotto le condizioni che essa determina (art. 1329 e seg.). Queste scritture non sono atti, secondo la teoria del codice, e quindi non possono, in massima, essere allegate come prova letterale. Ora, gli articoli 1341 e 1834 esigono un *atto*, e quindi uno scritto steso conformemente alle prescrizioni della legge. Questo ci sembra decisivo (1).

La giurisprudenza sembra contraria alla nostra opinione, ma le sentenze che si citano (2) non sono che decisioni di fatto; la questione di diritto non vi è trattata. E in fatto essa non si presenta. La corrispondenza delle parti vale come principio di prova, e, in questo caso, la legge ammette non solo la prova testimoniale, ma anche le semplici presunzioni che derivano dai fatti e dalle circostanze della causa, e queste presunzioni sono lasciate al senno ed alla prudenza dei magistrati; donde segue che i tribunali hanno un potere d'apprezzamento quasi discrezionale quando esistono scritti che le parti possono invocare come un principio di prova per iscritto. Vi ha un'altra difficoltà per quanto riguarda la prova risultante dalla corrispondenza. Può essere invocata per provare la confessione che una delle parti avesse fatto sull'oggetto della contestazione? Abbiamo detto altrove che non si deve confondere la confessione colla prova letterale (v. XX, n. 166). Si ricorre alla confessione quando non esiste prova scritta. Come si prova la confessione? Secondo il diritto comune. Ora, la confessione non è un contratto bilaterale, e quindi non vi ha luogo ad applicare l'art. 1325 (3).

174. A termini dell'articolo 1834, la prova testimoniale è ammessa quando l'oggetto della società ha un valore inferiore alle centocinquanta lire. Come deve intendersi la parola

---

(1) PONT, t. VII, p. 106, n. 135. In senso contrario, TROPLONG, n. 205, e gli autori citati da PONT.

(2) TROPLONG, n. 204. Cfr. PONT, n. 135. Vedi le sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Société*, n. 265.

(3) Cfr. quanto abbiamo detto al titolo della *Locazione*, vol. XXV, n. 66.

oggetto? La questione è controversa, ma non dovrebbe esserlo, poichè è decisa dal testo della legge. Si tratta di sapere se per la parola *oggetto* s'intende l'oggetto della società, vale a dire l'importo complessivo dei contributi, o l'oggetto della domanda giudiziale. L'art. 1834 decide la questione. Esso parla dell'oggetto della società, e quindi dei contributi. Se dunque i contributi eccedono la somma di centocinquanta lire, la prova per testi non sarà ammessa, benchè la domanda sia inferiore a questa somma, mentre la prova testimoniale sarà ammissibile se i contributi fossero inferiori alla detta somma, quand'anche la domanda ammontasse ad una cifra più considerevole. Il testo dell'art. 1834 è in armonia coi principii che reggono la prova testimoniale. Per sapere se la prova per testimonii è ammissibile, si ha riguardo, non già alla cifra della domanda giudiziale, ma all'importo pecuniario della convenzione al momento in cui si forma. perchè è in quel momento che le parti contraenti devono sapere se hanno o non hanno interesse a redigere un atto. Se, al momento del contratto, i contributi eccedono il valore di centocinquanta lire, si deve stendere atto della società. Sono questi i termini dell'art. 1341. Se i contributi non eccedono tal cifra, non è necessario stendere atto di sorta, ossia è ammissibile la prova testimoniale. È questa l'opinione generalmente seguita (1). Crediamo inutile combattere l'avviso contrario. Quando il testo è formale, non dovrebbe esservi controversia.

175. Il principio stabilito dall'art. 1834 è generale, e non ammette eccezione che per le società di commercio, in partecipazione, la prova per testimonii essendo indefinitamente ammessa in materia commerciale. Nel progetto di codice civile, quale fu presentato al Consiglio di Stato, si faceva un'eccezione per le società contratte in fiera o per affari di fiera. Pare che questa disposizione sia stata adottata, ma è scomparsa dalla redazione definitiva senza che si sappia perchè sia stata cancellata. Il silenzio della legge basta per troncare ogni difficoltà. Essa lice *ogni* società, e non ammette alcuna eccezione, salvo quella che risulta dal diritto commerciale. Se dunque venisse contratta una società in fiera fra commercianti, o se avesse per oggetto un atto di commercio, essendo la società commerciale, la prova per testimonii sarebbe ammessa (legge del 25 maggio 1873, art. 1) (2).

La Corte di Besançon aveva giudicato, con una prima sentenza, che l'art. 1834 non era applicabile alle associazioni per la fabbricazione dei formaggi che da tempo immemorabile esistono nelle montagne del Giura. Gli abitanti dei diversi comuni

(1) PONT, t. VII, p. 115, nn. 145 e 146, e le autorità che cita.
(2) PONT, t. VII, p. 111, n. 140.

hanno la facoltà di far ricevere il latte delle loro vacche nel cascinale destinato alla fabbricazione dei formaggi. È una specie di comunione che assicura loro il mezzo di trarre dalle loro proprietà il solo partito che possano ottenere. Sono questi i termini della sentenza. Essa ammette che la forza delle cose ed un'antica tradizione derogano al diritto comune. La Corte è ritornata su questa giurisprudenza che, in diritto, non potrebbe giustificarsi. Infatti, gli usi antichi sono abrogati dal codice civile, e non può formarsi un nuovo uso contrario alla legge (1).

È stato giudicato, per applicazione dello stesso principio, che le relazioni stabilite fra concubini non implicavano l'esistenza d'una società di beni. Essi sono liberi, senza dubbio, di costituire una società, ma devono provarne l'esistenza conformemente al diritto comune, e quindi l'art. 1834 deve ricevere la sua applicazione (2).

176. L'art. 1834 dice che ogni società deve essere fatta per iscritto. Si è preteso che questi termini imperativi e assoluti escludessero la prova testimoniale anche quando vi fosse un principio di prova per iscritto. È questo un errore condannato dalla dottrina e da una giurisprudenza costante. A stento si comprende come la questione sia stata portata ripetutamente avanti la Corte di cassazione. L'art. 1834, anzichè derogare al diritto comune, ha avuto per oggetto di sottoporre al diritto comune società che, nell'antica giurisprudenza, ne erano eccettuate (nn. 170 e 171). Riproducendo le regole dell'art. 1341, nell'art. 1834, il legislatore non ha dunque inteso escludere le eccezioni che queste regole subiscono, specialmente quella dell'art. 1347, e conseguentemente il diritto comune deve ricevere la sua applicazione per la ragione che la legge non vi deroga. La Corte suprema ha sempre giudicato così. Noi ci limitiamo a riportare l'ultima sentenza che è stata pronunciata in circostanze notevoli. Due amici, l'uno povero, l'altro ricco, avevano passato insieme gran parte della loro vita, dal 1817 al 1850. Quello che non possedeva nulla in propric morì per il primo. I suoi eredi cominciarono col far annullare un testamento che il defunto aveva fatto a vantaggio del suo amico; poscia rivendicarono tutti i valori inventariati dopo la morte del loro autore. Ora, risultava che questi valori provenivano da impieghi fatti veramente dal defunto, ma coi denari appartenenti al suo amico. La Corte di Dijon decise che vi era stata fra i due amici una società universale di beni e che, per conseguenza, gli impieghi fatti da uno di essi erano stati fatti in parti eguali. Fu prodotto ricorso per cassazione, ammesso dalla sezione delle richieste, respinto dalla sezione civile. Vi era un motivo

---

(1) Besançon, 28 dicembre 1842, e 23 aprile 1845 (DALLOZ, 1847, 2, 15).
(2) Parigi, 19 agosto 1851 (DALLOZ, 1854, 2, 84). PONT, n. 139.

di dubitare. Il defunto aveva fatto degli impieghi, in proprio nome, mediante atti autentici. Non era disconoscere la fede dovuta agli atti autentici, il dichiarare comuni dei valori che, in forza di questi atti, erano proprietà esclusiva del defunto? La Corte di cassazione comincia collo stabilire che la società universale di beni può essere provata con testimonii e con presunzioni quando vi ha un principio di prova per iscritto. Ora, nel fatto concreto, esistevano scritti emanati dai due amici e confermati da numerosi fatti d'esecuzione. La società universale essendo provata, gli impieghi fatti da uno dei soci dovevano essere considerati comuni all'altro. Si pretendeva che il defunto fosse donatario dei valori creati in suo nome. La sentenza impugnata risponde all'obbiezione. La qualità di socio esclude quella di donatario quando la società è universale. Un'altra circostanza eliminava ogni idea di liberalità tra vivi, ed era che esistevano due testamenti reciproci pei quali l'amico superstite doveva raccogliere la parte del premorto nei beni comuni (1).

Quando vi ha principio di prova per iscritto? Si ammette il principio di prova per iscritto in forza del diritto comune, e quindi è ancora il diritto comune che bisogna applicare per determinare i caratteri di questa semi-prova. Rimandiamo al titolo delle *Obbligazioni* per quanto concerne le numerose difficoltà che sorgono in questa materia (2). Ve ne ha una che si presenta specialmente nella società. Essa non è un contratto avente per oggetto un solo fatto giuridico, come la vendita o la locazione. Le relazioni multiple che ne risultano richiedono clausole più o meno numerose. Basterà che vi sia un principio di prova per iscritto della esistenza della società perchè le parti interessate siano ammesse a litigio? No, la prova deve cadere sul fatto che è contestato, e quindi il principio di prova per iscritto deve cadere sul fatto stesso. La Corte di cassazione ha giudicato così nel caso seguente. Si invocava una clausola del contratto a termini del quale ciascun socio, sebbene libero di vendere la sua interessenza, non poteva disporne che dopo averla offerta alla società, la quale si riservava il diritto di ritirarla entro un determinato tempo. L'esistenza di questa clausola fu negata. Tuttavia i primi giudici decisero che da tutti i fatti della causa risultavano presunzioni gravi, precise e concordanti dell'esistenza della società e, specialmente, della clausola litigiosa. Fu prodotto ricorso per cassazione. La Corte pronunciò una sentenza di rigetto, pel motivo che, avendo i giudici del fatto riconosciuto e potuto riconoscere, dall'esame dei registri della società, un prin-

---

(1) Rigetto 17 febbraio 1858 (DALLOZ, 1858, 1, 124). Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Société*, n. 256. Bisogna aggiungere Orléans, 26 agosto 1869 (DALLOZ, 1869, 2, 185). Cfr. PONT, t. VII, p. 121, n. 149.

(2) Vedi la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Société*, nn. 264 e 265.

cipio di prova per iscritto dell'esistenza dell'atto sociale e del tenore della clausola litigiosa, spettava loro ammettere ed apprezzare le presunzioni che formavano il complemento della prova (1).

177. Il secondo alinea dell'art. 1834 applica alla prova della società la regola che gli *scritti sono preferiti ai testimonii*. È detto in un atto che la società viene costituita da quattro persone che vi sono nominate. Una persona non menzionata nello scritto pretende di essere essa pure associata, e chiede di darne la prova con testimonii. La domanda fu respinta ed a ragione, poichè si sarebbe provato contro il contenuto nell'atto, il che è vietato dall'art. 1341 (2). L'applicazione non è dubbia. Quanto al principio, rimandiamo al titolo delle *Obbligazioni*.

178. Fin qui abbiamo supposto che la prova della società debba esser data da uno dei soci. Che dovrà dirsi quanto ai terzi? Possono essi provare con testimonii che esiste una società fra quelli che hanno trattato con loro come soci? La questione è controversa. Per principio, l'art. 1834 si applica tanto ai terzi quanto alle parti. La regola che vieta la prova testimoniale quando il fatto litigioso ha un valore eccedente le centocinquanta lire è assoluta, ed assoluti sono pure i motivi sui quali essa è fondata. Ma questa regola subisce una eccezione ogni qualvolta non è stato possibile all'attore procurarsi una prova scritta del fatto in controversia. Ora, il terzo che tratta con soci può ben chiedere che la convenzione sia constatata per iscritto, ma non può procurarsi una prova scritta della società colla quale contratta, perchè egli è estraneo al contratto che interviene fra i soci. Ma non si può obbiettare che dipende da lui esigere che i soci coi quali contratta producano l'atto di società. È certo ch'egli può rifiutarsi di trattare se l'atto non è prodotto, e se non vi ha scritto, può esigere che sia steso, e quindi non si può dire ch'egli si sia trovato nell'impossibilità di procurarsi una prova scritta dell'esistenza della società.

Gli autori che discutono la questione non citano l'art. 1348 (3). Se si fa astrazione da esso, non vi ha più dubbio. Dal momento che non vi ha eccezione, si resta sotto l'impero della regola. La giurisprudenza ha deciso che l'art. 1834 non è applicabile ai terzi, ma i motivi ch'essa dà sono poco concludenti. Si legge in una sentenza della Corte di cassazione che l'art. 1834 non riguarda che i soci fra loro, che non può essere opposto a un creditore il quale abbia contrattato sulla fede d'una società pubblicamente riconosciuta (4). È questa un'affermazione destituita da ogni

---

(1) Rigetto, 17 aprile 1834 (Dalloz, v. *Société*, n. 256, 7, e Pont, t. VII, p. 122, n. 151.

(2) Tolosa, 29 novembre 1811 (Dalloz, v. *Société*, n. 25).

(3) Duvergier, p. 116, nn. 77 e 78. Pont, p. 127, n. 158.

(4) Rigetto, 23 novembre 1812 (Dalloz, v. *Société*, n. 874, 2.°).

prova. Il riconoscimento pubblico è una notorietà. Ora, la legge non ammette la notorietà come prova. Si citano ancora due altre sentenze della Corte di cassazione, ma in questi casi vi erano scritti, sebbene non vi fossero atti. La questione era dunque tutta diversa; si trattava di sapere se basti una prova scritta qualsiasi. Rimandiamo a quanto si è detto più sopra su questo punto (n. 173).

179. La legge del 18 maggio 1873, che ha sostituito il titolo IX del libro 1.° del codice di commercio, prescrive speciali formalità per le società commerciali. Esse devono essere constatate da atto autentico o da scrittura privata, e devono essere rese pubbliche. La legge non fa eccezione che per le associazioni momentanee e le associazioni in partecipazione, le quali rimangono sotto l'impero del diritto comune (articoli 4-14).

Le società civili non devono essere rese pubbliche, salvo l'applicazione delle nuove leggi che esigono la trascrizione degli atti traslativi di diritti reali immobiliari. Diremo, al titolo delle *Ipoteche*, se le società sono comprese in questi atti.

180. L'art. 1690 è applicabile ad un credito messo in società? Quando la società è commerciale, l'affermativa è certa. Queste società formano una persona civile, e quindi la contribuzione del credito costituisce una trasmissione di proprietà: il socio cessa d'essere proprietario del credito che mette nel fondo sociale. Siamo pertanto nei termini e nello spirito dell'art. 1690 (1). Gli è lo stesso quando la società è civile, secondo l'opinione di coloro i quali ammettono che ogni società è una persona civile, ma la questione diviene dubbia secondo l'opinione che non ammette la personificazione delle società civili. Ritorneremo sull'argomento.

§ VII. — *La società costituisce una persona civile?*

181. Questa quistione, controversissima sotto l'impero della legislazione francese, è stata troncata dalla legge belga del 18 maggio 1873. L'art. 2 è così concepito: « La legge riconosce cinque sorta di società commerciali: la società in nome collettiva, la società in accomandita semplice, la società anonima, la società in accomandita per azioni, la società cooperativa. Ciascuna di esse costituisce una *individualità giuridica* distinta da quella dei soci ». « Vi hanno inoltre, dice l'art. 3, associazioni commerciali momentanee e associazioni commerciali in partecipazione, alle quali la legge non riconosce nessuna *individualità giuridica* ». La legge chiama *individualità giuridica* quello

(1) Rigetto, 28 aprile 1869 (DALLOZ, 1869, 1, 445).

che la dottrina designa come persona civile o morale. Nel linguaggio della scuola si dice che la legge ha accordato la personificazione alle società di commercio, ad eccezione delle associazioni momentanee e delle associazioni in partecipazione. Queste restano sotto l'impero del diritto comune. Il diritto comune è dunque che la società non ha individualità giuridica distinta da quella dei soci, la società si confonde coi soci (1).

182. La controversia che esisteva sotto l'impero del codice Napoleone non è ora dunque più che storica. Crediamo inutile soffermarvici. Quelli dei nostri lettori che volessero conoscerla possono consultare un'eccellente dissertazione del Thiry, nostro erudito collega dell'università di Liegi (2). Noi ci limitiamo a dedurre le conseguenze che derivano dal principio consacrato implicitamente dalla legge del 1873, salvo a ritornare sulle difficoltà che presentano ov'è la sede della materia.

Le persone civili sono capaci d'acquistare e di possedere. Quando la società ha una individualità giuridica distinta da quella dei suoi membri, è la società che acquista e che possiede. Non è lo stesso delle società civili; esse non hanno esistenza legale, e quindi non possono essere proprietarie. Sono i soci che acquistano e che posseggono in comune e per indiviso i beni che formano il fondo sociale. Quando dunque il codice parla di beni che appartengono alla società (art. 1859), o di cose la cui proprietà è conferita nella società (art. 1867), intende per società i soci. I soci hanno una proprietà comune indivisa sui beni sociali, ed hanno o possono avere beni che sono loro proprietà esclusiva. È per distinguere i beni che sono comproprietà indivisa dei soci da quelli che appartengono loro in proprio che la legge parla dei beni della società, modo semplice di esprimersi che evita le lungaggini e rende l'idea più chiara. Dal principio che i soci sono comproprietarii dei beni sociali devesi conchiudere che ciascuno di essi può ipotecarli? Ritorneremo sulla questione.

I soci hanno un diritto sui beni che costituiscono il fondo sociale. A termini dell'art. 529, questo diritto è mobiliare allorchè si tratta d'una società di finanza, di commercio o d'industria quand'anche le società posseggano beni immobili. La ragione si è che gli immobili appartengono, non ai soci, ma alla società, poichè le società di cui parla l'art. 529 sono persone civili. Quando la società è civile, i soci sono proprietarii per indiviso

---

(1) Salvo l'applicazione delle leggi speciali. Secondo la legge del 3 aprile 1851, le società di mutuo soccorso legalmente riconosciute godono della personificazione civile. Cassazione, 18 giugno 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 1, 476).

(2) *Rivista critica di legislazione*, t. V, annata 4.ª, p. 412, t. VII, annata 5.ª, p. 289. Cfr. una sentenza benissimo fatta di Bruxelles, 21 aprile 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 200).

dei beni che costituiscono il fondo sociale. La natura del loro diritto è determinata dall'oggetto sul quale esso cade. Se il fondo sociale comprende mobili ed immobili, il diritto del socio sarà mobiliare od immobiliare, a seconda del modo con cui viene fatta la divisione, di guisa che, s'egli si marita sotto il regime della comunione, i mobili compresi nella sua quota entreranno nell'attivo, e gli immobili che gli sono devoluti ne saranno esclusi.

Il diritto di proprietà determina il diritto dei creditori. Quando la società è commerciale, i beni ch'essa possiede sono la garanzia dei suoi creditori, vale a dire di coloro che hanno contrattato colla persona civile. I creditori dei soci hanno per garanzia i beni dei loro debitori, e quindi non possono sequestrare i beni della società, poichè durante la società questi beni non sono nel dominio dei soci. Ne consegue che i creditori della società vengono pagati sui beni sociali, preferibilmente ai creditori dei soci, non avendo questi diritto sui beni della società se non fatta deduzione dei debiti. Nelle società civili i creditori della società sono i creditori dei soci, allo stesso titolo dei loro creditori personali.

Dal diritto di proprietà risulta un'altra conseguenza concernente la compensazione. I crediti che appartengono ad una società di commercio non possono compensarsi coi debiti dei soci, perchè colui che è debitore della società e creditore d'un socio non si trova nei termini dell'art. 1289; egli è debitore, ma non creditore della società. Così pure il socio, debitore personale, non può opporre in compensazione al suo creditore ciò che costui deve alla società. La compensazione si farà, al contrario, fra i crediti della società civile e i crediti dei soci, perchè la società sono i soci. I creditori e i debitori della società sono, in realtà, creditori e debitori dei soci, il che rende applicabile l'art. 1289.

Infine, la società di commercio, formando una persona morale, può agire giudizialmente, sia come attrice, sia come convenuta. Il codice di procedura consacra una conseguenza di questo principio, disponendo che le società di commercio devono essere citate al domicilio sociale, e che possono esserlo nella persona del loro gerente senza che sia necessario chiamare in causa tutti i soci (art. 69, n. 6). Non avendo le società civili esistenza agli occhi della legge, è sottinteso che non hanno diritto d'agire giudizialmente. Tutti i soci devono figurare in persona nella causa.

183. Si ammette abbastanza generalmente che le società civili diventano persone morali quando sono costituite nelle forme che la legge prescrive per le società commerciali, ma la cosa è molto dubbia. Ritorneremo sull'argomento.

184. Se si ammette che le società civili assumano il carattere d'una società di commercio quando sono stabilite nelle forme commerciali, si deve anche applicare loro l'art. 128 della

legge del 18 maggio 1873, il quale dispone: « Le società anonime e le altre associazioni commerciali, industriali o finanziarie costituite ed aventi la loro sede in paese straniero potranno fare le loro operazioni e stare in giudizio nel Belgio ». Questa disposizione modifica, allargandola, la legge del 14 marzo 1855, la quale non permetteva alle società straniere d'esercitare i loro diritti nel Belgio che sotto la condizione di reciprocità, in forza d'una legge in quanto riguarda le società francesi, e mediante un decreto reale per le società degli altri paesi. Le società di commercio formando una persona civile per la convenzione delle parti, indipendentemente da ogni autorizzazione, non vi era alcuna ragione per rifiutare alle società estere i diritti che la legge riconosce alle società belghe. Ma non bisogna indurne che ogni persona civile costituita all'estero possa esercitare nel Belgio i diritti che le appartengono secondo la legislazione estera. Le persone dette civili sono finzioni. Ora, gli enti fittizii non esistono che in virtù della legge che li ha creati, e quindi non hanno esistenza che nei limiti del territorio in cui la legge ha forza obbligatoria.

185. La legge francese del 30 maggio 1857 (1) contiene disposizioni analoghe a quelle della legge belga del 1855. Essendo questa materia estranea al nostro lavoro, ci limitiamo a riportare le sentenze della Corte di cassazione di Francia che sono state pronunciate sulla capacità delle società straniere. La legge del 1857 dispone che le società anonime e le altre associazioni commerciali soggette all'autorizzazione del governo belga, e che l'hanno ottenuta, possono esercitare tutti i loro diritti e stare in giudizio in Francia conformandosi alle leggi dell'impero. Un decreto imperiale, emesso in Consiglio di Stato, può applicare ad ogni altro paese il beneficio di questa disposizione. È stato giudicato che una società anonima straniera, anche regolarmente costituita, non ha esistenza legale in Francia e non può esercitarvi i suoi diritti se non in quanto sia stata autorizzata dal governo francese, o le sia stato accordato da un decreto imperiale il beneficio della legge del 1857. La società anonima, dice la Corte di cassazione, non è che una finzione della legge, non esiste che per la legge, e non ha altri diritti oltre quelli che la legge le conferisce. Ora, la legge, emanazione della sovranità, non ha impero che nei limiti del territorio sul quale questa sovranità si esercita. Dunque la società anonima straniera, sebbene regolarmente costituita nel paese in cui si è formata, non può avere esistenza in Francia che per effetto della legge francese e assoggettandosi alle sue prescrizioni. Invano si obbietterebbe che lo statuto personale segue lo straniero in Francia e che a questo riguardo nessuna distinzione

---

(1) DALLOZ, *Raccolta periodica*, 1857, 4, 75.

vi è a fare fra le leggi che regolano lo stato e la capacità degli enti morali. La Corte risponde che, a differenza delle persone civili, le persone naturali esistono per sè stesse e indipendentemente dalla legge, e che non si potrebbero confondere, quanto all'autorità che possono avere fuori del paese pel quale sono state fatte, le leggi che creano la persona e le danno l'esistenza e quelle che non fanno che regolare i suoi diritti e determinare le condizioni della loro esistenza (1).

Questa sentenza pronunciata sulla relazione di D'Ubexi, pone, a nostro avviso, i veri principii. Nella specie, la società straniera era attrice. Che dovrà dirsi se una società straniera è citata davanti un tribunale francese in forza dell'art. 14? La Corte di cassazione ha deciso che le società straniere le quali non hanno esistenza legale in Francia sono tuttavia, come associazioni di fatto, responsabili delle loro obbligazioni verso i francesi, coi quali avessero contrattato, e che, per conseguenza, sono sottoposte, quanto a queste obbligazioni, alla giurisdizione dei tribunali francesi. La Corte soggiunge che non è stato nè espressamente, nè tacitamente derogato a questi principii dalla legge del 30 maggio 1857 (2). Questa legge, dice la Corte, non ha voluto nè distruggere nè restringere le garanzie assicurate dall'art. 14 ai francesi che trattassero con stranieri; essa ha voluto soltanto fornire al governo francese un mezzo d'ottenere più facilmente dai governi stranieri, per le società francesi, il diritto di contrattare nei loro territorii e di starvi in giudizio, autorizzandolo ad accordare amministrativamente, in Francia, lo stesso diritto alle società straniere (3).

Sezione II. — Delle associazioni che non costituiscono società civili.

§ I. — *Delle società di diletto.*

186. Un decreto del governo provvisorio del 16 ottobre 1830 dispone (art. 1): « È permesso ai cittadini di associarsi come credono, per uno scopo politico, religioso, filosofico, letterario, industriale o commerciale ». La costituzione ha proclamato la stessa libertà in termini assoluti (art. 20): « I Belgi hanno il diritto di associarsi. Questo diritto non può essere assoggettato ad alcuna misura preventiva ». Lunghe contestazioni si sono sol-

---

(1) Rigetto, 1.° agosto 1860 (Dalloz, 1860, 1, 444).
(2) Cassazione, 19 maggio 1863 (Dalloz, 1863, 1, 218).
(3) Cassazione (due sentenze), 14 novembre 1864 (Dalloz, 1864. 1, 463).

levate sulla portata di queste disposizioni. È lo spirito invadente della Chiesa, che le ha fatte nascere. Essa ha tentato di ricostituire i conventi come corporazioni, e, in fatto, è riuscita ad eludere ed a violare le leggi che li hanno aboliti. Ritorneremo su queste pretese. Pel momento, poniamo, in termini generali, la questione di sapere se le associazioni formate in forza della costituzione sono persone civili. Ma abbiamo già risposto alla domanda. Dare il diritto ai cittadini di associarsi non è dar loro il diritto di creare esseri fittizii godenti dei diritti che spettano alle persone reali, agli uomini (v. I, n. 298). Il legislatore solo ha questo diritto. Basta citare la sentenza della Corte di cassazione del Belgio, che ha deciso così. « La libertà d'associazione, dice la Corte, proclamata e garantita dall'art. 20 della costituzione, non genera, per le società che si formano sotto l'egida di questa disposizione, la capacità civile ed i diritti che ne derivano. Non è che in forza dell'autorizzazione legale che le corporazioni così stabilite possono esercitare collettivamente i diritti che si riannodano alla personificazione civile » (1). La Corte non si dà nemmeno la pena di motivare la sua decisione. Infatti, la proposizione che non vi ha persona civile senza una autorizzazione legale può passare per un assiona. Non può esservi finzione legale senza legge.

187. Altra è la questione di sapere se le associazioni formate in forza della libertà d'associazione sono società civili. I tribunali confondono talvolta questi due ordini d'idee, che pure sono essenzialmente diversi. Si legge in una sentenza che, non avendo una società di diletto per scopo di realizzare in comune dei guadagni, manca una delle condizioni richieste dall'art. 1832 perchè la società esista; donde il tribunale trae la conseguenza che la società non esiste come ente giuridico indipendentemente dagli individui che la compongono (2). Il tribunale ha avuto ragione di decidere che le società di diletto non sono società civili, poichè ogni idea di guadagno è loro estranea, non potendo il diletto ch'esse procurano ai loro membri essere considerato come un guadagno nel senso dell'art. 1832 (numero 150) (3). Ma formino o non formino le società di diletto una società civile, questo non ha nulla di comune colla personificazione della società. Prima della legge del 18 maggio 1873 si poteva sostenere che ogni società civile costituisce una persona morale, ma avendo la legge troncato la controversia (n. 181),

---

(1) Rigetto, 30 giugno 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 1, 336).

(2) Sentenze del tribunale di Fermonde del 10 aprile 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 174).

(3) Aix, 20 marzo 1873 (Dalloz, 1874, 2, 138). La Corte di Lione dice, in termini poco giuridici, che le società di diletto sono una *specie di società particolare* od una *comunione d'interessi*. Sentenze del 1.º dicembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 99).

è un'eresia il dire che le società di diletto non sono persone morali, perchè non costituiscono società civili.

188. Dal fatto che una associazione non forma una società civile, non bisogna conchiudere che i soci non possano contrattare. La società, come tale, non può agire, poichè essa non esiste agli occhi della legge, ma i soci individualmente possono contrattare. Queste convenzioni saranno rette dal diritto comune, vale a dire che i soci che vi figurano saranno proprietarii, creditori e debitori.

I membri di queste società si disputano talvolta il piccolo avere che posseggono. Non andando i soci d'accordo, la società si scioglie o si fraziona. A chi apparterranno le bandiere, i vessilli, le medaglie? Poichè non vi ha società civile, bisogna applicare i principii che reggono le società di fatto. Noi li esporremo alla fine di questo titolo. I tribunali sono imbarazzatissimi quando sono chiamati a statuire su queste controversie. D'ordinario essi stabiliscono principii per il bisogno della causa. Si legge in una sentenza della Corte d'Aix che, in una società di questo genere, lo scioglimento non può essere pronunciato che dalla *maggioranza* dei membri che la compongono, e che i membri dissidenti, se sono in minoranza, non hanno che la facoltà di ritirarsi dalla riunione, senza poter prender parte alcuna degli oggetti mobili che le appartengono e sui quali ciascun membro ha piuttosto un diritto di godimento che un diritto di comproprietà. Ecco una strana dottrina! Può parlarsi di maggioranza e di minoranza ove non esiste società, e molto meno ancora un corpo morale? E quando vi ha un dissenso fra i membri, con qual diritto si esclude la minoranza da ogni diritto alla comproprietà delle cose comuni? Dire che la comproprietà dei comunisti non è che un godimento è una vera eresia. A chi apparterrebbe dunque la proprietà? Ad un corpo morale che non esiste, vale a dire al nulla!

Nel caso concreto, la società si frazionò in due gruppi di numero quasi eguale. La Corte ne conchiude che le cose comuni dovevano dividersi in due parti eguali, parti alle quali sarebbe chiamato ciascuno dei gruppi, senza che gli individui che li componevano potessero nulla reclamare (1). Ecco una nuova singolarità. Non essendo i due gruppi eguali in numero, vi era una maggioranza ed una minoranza. Perchè la Corte accorda diritti alla minoranza contrariamente al principio ch'essa stabilisce? Forse perchè la minoranza era forte quasi come la maggioranza? È una cosa arbitraria. E poi la divisione per gruppi, e non fra i membri, su che si fonda? Sull'interesse dei gruppi, dice il primo giudice. Ma i tribunali decidono secondo l'interesse o secondo il diritto? E ov'è il diritto d'un gruppo che non ha alcuna esistenza legale?

---

(1) Aix, 20 marzo 1873 (DALLOZ, 1874, 2, 138).

È stato giudicato, conformemente ai veri principii, che i membri d'una società di diletto sono comproprietarii degli oggetti comuni, nella specie, strumenti e carte di musica, e che potevano rivendicarli, in tale qualità, contro i loro detentori precarii (1).

188 *bis.* Quanto alle obbligazioni che queste società possono contrarre, si presentano parecchie difficoltà. Si domanda se i soci, i quali sono sovente in gran numero, possono farsi rappresentare dal presidente o dalla commissione, che servono loro d'organo a termini del loro regolamento. Stando al rigore dei principii, bisognerebbe dire che i soci devono agire individualmente, o dar procura d'agire in loro nome ad uno di essi. È la conseguenza del principio che in una società di diletto non vi sono che individui, non vi sono soci, poichè non vi è società. La giurisprudenza si è allontanata da questo rigore, che renderebbe difficilissima e quasi impossibile l'esistenza delle associazioni di cui parliamo.

Esiste a Marsiglia, come in ogni città, un circolo filarmonico. Nel 1838 intervenne un contratto fra la compagnia d'illuminazione a gas e il circolo per l'illuminazione del locale occupato dalla società, per tutta la sua durata e mediante un determinato prezzo. Nel 1844 la compagnia stabilì una nuova tariffa di molto superiore a quella che formava la base del contratto del 1838, e volle imporla al circolo senza tener conto della convenzione. La società vi si rifiutò e chiese l'esecuzione del suo contratto. Nella convenzione, come nella causa, figuravano tre membri, tanto in proprio nome quanto come presidente l'uno, tesoriere l'altro e segretario il terzo del circolo. La compagnia oppose loro che gli attori non potevano agire che in loro nome personale. Questi risposero che avevano diritto, in loro nome personale, di reclamare l'esecuzione integrale della convenzione, poichè l'oggetto della loro domanda, ossia l'illuminazione a gas del locale destinato al circolo, era indivisibile. Una sentenza del tribunale di commercio accolse queste pretese. Essa dichiarò il contratto valido, perchè coloro che l'avevano sottoscritto erano mandatarii e la convenzione era stata approvata dai mandanti, membri componenti il circolo filarmonico. Le circostanze della causa erano poco favorevoli alla compagnia continentale. Essa aveva, per parecchi anni, eseguito il contratto; essa aveva riconosciuto, in occasione d'una decisione arbitrale, il presidente del circolo come rappresentante i membri, tutti interessati alla convenzione. Se nel 1844 rifiutava di mantenere i suoi impegni, ciò accadeva perchè, essendo cessata ogni concorrenza, essa aveva il monopolio dell'illuminazione. Questo rifiuto, dicono i magistrati consolari, è contrario alla lealtà che deve sempre presiedere

(1) Bruxelles, 8 febbraio 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 224).

all'esecuzione delle transazioni commerciali. Restava la difficoltà di diritto. Il tribunale riconosce che gli attori non avevano il diritto d'agire nelle rispettive qualità di presidente, segretario e tesoriere, poichè il circolo non era costituito in corpo morale, anzi non formava nemmeno una società civile; ma nulla impediva loro di stare in giudizio in proprio nome personale, come firmatarii del contratto stipulato colla compagnia. Potevano essi agire per l'intero? Sì, dice il tribunale, poichè l'obbligazione contratta dalla compagnia continentale era indivisibile.

Prodottosi ricorso in cassazione, la compagnia sostenne che il contratto stipulato fra lei e i commissarii del circolo era nullo siccome fatto a vantaggio d'un ente morale privo della personalità civile. La cosa era evidente se si considerava il contratto come fatto dal circolo. La vera difficoltà consisteva nel sapere se il contratto esisteva a riguardo di ciascuno dei membri del circolo preso isolatamente. Questi possono senza dubbio trattare in loro nome personale, ma non l'avevano fatto, non avevano figurato nel contratto. Si dirà ch'essi erano mandanti e che i tre membri che partecipavano al contratto erano loro mandatarii? Sarebbe stato necessario all'uopo che i membri del circolo avessero dato un mandato per trattare colla compagnia e che i mandatarii avessero dichiarato d'agire in nome di certe persone nominativamente designate. Ora, le cose non erano andate così. Il consigliere relatore rispose a questa argomentazione che è vero che i circoli non sono società civili, ma che nulla impedisce a queste associazioni di dar mandato ad alcuno dei loro membri di contrattare in nome di tutti quelli che le costituiscono. Se l'operato di questi membri è approvato dai loro mandanti, ne risulterà una obbligazione simile a quella che sarebbe esistita se ciascuno dei membri avesse trattato individualmente. La Corte di cassazione ha ammesso questo sistema respingendo il ricorso (1).

Ci resta però un dubbio. Se i membri del circolo sono mandanti, sono obbligati personalmente, e tenuti a pagare nel caso in cui la società venga a sciogliersi lasciando dei debitori. Ma quali sono questi mandanti? Sono coloro che facevano parte del circolo al momento in cui il mandato è stato consentito. Quand'anche essi dessero le dimissioni, rimangono obbligati, mentre i nuovi membri che non hanno figurato nel contratto come mandanti non saranno punto vincolati. Noi domandiamo se è questa precisamente l'intenzione di coloro che si fanno membri d'un circolo. No, certo. Essi non si credono obbligati che al pagamento della loro quota e non sospettano neppure di trovarsi impegnati dai contratti in cui figurano il presidente e il segre-

(1) Aix, 2 luglio 1844, e Rigetto, 29 giugno 1847 (DALLOZ, 1845, 2, 61 e 1847, 1, 342). Nello stesso senso, Bruxelles, 5 luglio 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 26).

tario. E possono essere mandanti senza avere l'intenzione di dare procura? In sostanza, la teoria del mandato è una finzione. Non sarebbe una verità se non quando tutti i membri avessero dato facoltà ad una commissione di contrattare in loro nome (1), o se, per ciascun contratto, da stipularsi a nome del circolo, i membri dessero procura d'agire in loro nome. Senza procura non vi sono mandanti nè mandatarii. Non vi ha che una semplice convenzione sottoscritta da uno o più membri del circolo in proprio nome. Essi soli partecipano al contratto ed essi soli vengono obbligati.

189. In qual modo queste associazioni agiranno giudizialmente? La questione è mal posta, perchè le associazioni non esistenti agli occhi della legge non possono agire. Ma se i contratti che le interessano danno luogo a contestazioni, chi agirà? Secondo la nostra opinione, la risposta non è dubbia. Soltanto quelli che parteciparono al contratto hanno il diritto d'agire, e agiscono in loro nome personale. Secondo la teoria del mandato, bisogna dire che sono i membri del circolo che agiscono, e quindi essi dovrebbero figurare personalmente nella causa. È stato giudicato ch'essi hanno il diritto di domandare individualmente l'esecuzione delle obbligazioni contratte verso la società, e che, se l'obbligazione è indivisibile, possono agire per l'intero (2). Questa decisione solleva nuove difficoltà. Se l'obbligazione è divisibile, per qual parte agiranno i membri? Quelli che non fanno parte del circolo avranno diritto d'agire? Lo potranno i loro eredi? Nella specie, l'azione era stata intentata dal presidente e da altre otto persone nella qualità di primo e secondo anziano, di primo e secondo segretario, di cassiere e di consigliere. Così formulata, la domanda non era evidentemente ammissibile.

Il circolo può essere debitore. Contro chi intenterà il creditore la sua azione? Secondo la nostra opinione, il creditore non può agire che contro coloro che contrattarono con lui. La questione si è presentata per l'azione di pagamento del fitto e lo scioglimento della locazione consentita ad una società musicale. Il locatore citò la società nella persona dei membri componenti il consiglio d'amministrazione. In appello, i convenuti conchiusero che fosse ordinato al locatore di chiamare in causa tutti i membri della società. La Corte di Bruxelles decise che, pur supponendo che gli amministratori citati non avessero veste per rappresentare la società, tuttavia l'azione era stata ben diretta contro di loro in quanto essi erano membri della società, e che, se credevano di aver interesse a chiamare in causa gli altri membri, erano liberi di farlo, per impedire che

---

(1) Lione, 1.° dicembre 1852 (DALLOZ, 1853, 2, 99).
(2) Bruxelles, 5 luglio 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 26).

la emananda sentenza fosse impugnata colla opposizione di terzo (1). Questa decisione ci pare molto contestabile. L'azione era stata male interpretata. Gli amministratori, come tali, non potevano essere citati. Quanto agli altri membri, essi non avevano bisogno d'impugnare la emananda sentenza colla opposizione di terzo, poichè non erano vincolati dalla locazione. Secondo la teoria del mandato, erano obbligati, ma allora rinascevano le difficoltà che abbiamo segnalato.

190. L'art. 59 del codice di procedura dispone che il convenuto sarà citato, in materia di società, finchè essa esiste, davanti il giudice del luogo in cui risiede. Si domanda se questa disposizione sia applicabile alle associazioni che non sono società civili. Basta porre la questione per risolverla. Perchè l'art. 59 possa ricevere applicazione, bisogna che l'associazione costituisca una società civile. Ora, una società di diletto, nella specie, un circolo letterario non è una società civile, e quindi i membri devono essere citati al loro domicilio, secondo il diritto comune.

191. Le società di diletto e tutte le associazioni che si propongono uno scopo che non sia il lucro non sono società civili, ma sono costituite nelle stesse forme. Vi hanno commissioni incaricate della gestione degli interessi comuni; vi hanno regolamenti che determinano le loro attribuzioni. Se sorgono controversie, per esempio sull'impiego dei redditi, debbono queste essere portate davanti i tribunali? La questione è stata decisa negativamente dalla Corte di Bruxelles in un caso in cui alcuni membri d'una società musicale avevano citato la commissione perchè rendesse conto della propria gestione. Queste differenze, dice la sentenza, devono essere esaminate e risolte nel seno stesso della società, salvo a coloro che hanno a lagnarsi della direzione degli affari comuni a dare le dimissioni se non si dà ascolto alle loro lagnanze. La Corte si fonda sul carattere di queste associazioni e sull'intenzione di coloro che se ne fanno membri (2). La decisione è vaga, e ci sembra troppo assoluta. Se le associazioni che si costituiscono per uno scopo politico, letterario o di diletto non sono società civili, i membri di questi circoli possono però contrattare, e le loro convenzioni tengono luogo di legge, come tutte le convenzioni, quando riuniscono i caratteri voluti dal codice civile. Quest'ultimo punto è decisivo. Perchè vi sia contratto, bisogna che le parti consenzienti abbiano l'intenzione di stipulare e di obbligarsi. Se questa intenzione esiste, ed esistono le altre condizioni, nascerà dal contratto un'azione come da ogni altra convenzione. Si obbietta che questi circoli non costituiscono una

---

(1) Bruxelles, 8 agosto 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 136).
(2) Bruxelles, 29 dicembre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 357),

società nel senso dell'art. 1832, e se ne conchiude che l'associazione non crea a profitto o a carico dei suoi membri, nè diritti nè obbligazioni civili suscettibili d'azioni giudiziarie (1). La conseguenza non ci pare giuridica. Tutto ciò che si può indurre dalla natura di queste associazioni si è che, non essendo società civili, non sono rette dai principii che governano le società. Ma, se intervengono fra i membri vere convenzioni, perchè non ne risulterebbe un'azione giudiziaria?

Il tribunale di Bruxelles, nella sentenza che combattiamo, dice che il regolamento della società, accettato da tutti i suoi membri, ne costituisce la legge; ch'esso precisa e determina i poteri che esercitano, nei limiti delle loro attribuzioni, il consiglio d'amministrazione da una parte e l'assemblea generale dall'altra. Assoggettandosi a questo regolamento, continua il tribunale, i membri della società hanno *dovuto voler* sottrarre all'azione dei tribunali e sottoporre all'*arbitrato*, sia del consiglio, sia dell'assemblea generale, le controversie che potrebbero sorgere nel seno della società e tra i soci, e riguardo alla sua amministrazione. Senza dubbio, se si tratta unicamente dell'amministrazione della società, i tribunali sono incompetenti; essi non possono intervenire nell'amministrazione d'una società che non è una società. Era questo appunto, nella specie, l'oggetto della questione che alcuni membri avevano portato davanti l'autorità giudiziaria. Si trattava di sapere a chi spettasse la custodia della bandiera e il possesso degli archivii. Un'assemblea generale dei membri aveva deciso. Era una questione di regime interno. Ma se sorgesse una contestazione sulla proprietà degli oggetti appartenenti all'associazione, o su denari di cui il detentore rifiutasse di render conto, il tribunale non potrebbe certo rifiutare di far giustizia. Bisogna dunque vedere quale sia l'oggetto dell'azione. Quando sono in causa diritti ed obbligazioni, i tribunali sono competenti.

192. La Corte di Liegi ha applicato la dottrina generalmente ammessa alla resa dei conti. Nel caso concreto, la commissione, tenuta a rendiconto, vi si era da prima rifiutata, poi l'aveva dato in una forma assai irregolare. Il tribunale di prima istanza decise che, avendo i convenuti mancato di rendere i conti conformemente ai regolamenti della società, gli attori avevano evidentemente il diritto d'esigere che i conti fossero resi giudizialmente e nella forma legale. Sull'appello, la decisione fu riformata. La Corte pone il principio che simili associazioni non hanno altre leggi all'infuori di quelle che i soci si sono essi stessi imposte coi loro statuti. Nella specie, gli statuti disponevano che i conti sarebbero resi nell'assemblea generale. Di qui la Corte

(1) Sentenza del tribunale di Bruxelles, 28 maggio 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 213).

conchiude che i soci hanno voluto escludere l'autorità giudiziaria; che spetta all'assemblea generale decidere le contestazioni, salvo ai dissidenti a ritirarsi se non sono soddisfatti della decisione. In conseguenza, la Corte rimandò le parti davanti l'assemblea generale della loro associazione e ordinò ai membri della commissione di presentarvi il loro conto e di farlo esaminare, dopo aver debitamente convocati tutti i membri (1). Ma se la commissione, condannata a rendere i conti, non lo fa, o se rende un conto irregolare, derisorio, che avverrà? La decisione della Corte diverrà un circolo vizioso, e ne risulterà che i denari saranno ritenuti senza diritto da coloro che ne sono incaricati e condannati a renderne conto. Ciò è inammissibile, e tale non è certamente il pensiero della Corte. Se la commissione non rende conto secondo gli statuti, deve farlo giudizialmente. Ora, era certo ch'essa aveva rifiutato di rendere conto e che aveva finito col rendere un conto derisorio. Dunque il tribunale di prima istanza aveva nettamente giudicato costringendola a rendere un conto giudiziario.

§ II. — *Delle associazioni religiose.*

I conventi ricostituiti colla frode.

193. Le leggi emanate durante la rivoluzione francese hanno soppresso le corporazioni religiose maschili e femminili, pel motivo, dice l'assemblea legislativa, che uno Stato veramente libero non deve soffrire nel suo seno nessuna corporazione (v. XI, n. 162). Queste leggi non abolivano soltanto gli ordini religiosi considerati come corporazioni, vale a dire come formanti un corpo morale od una persona civile, ma distruggevano il monachismo nella sua essenza dichiarando che la costituzione non riconosceva più voti monastici; che in conseguenza le congregazioni nelle quali si facevano simili voti erano soppresse in Francia, senza che se ne potessero stabilire di nuove in avvenire. Questo decreto di morte non fu mai modificato, nè in Francia nè nel Belgio. Napoleone andò più oltre. Egli proibì le associazioni religiose anche astrazion fatta da ogni voto. Il semplice fatto di associarsi, sotto pretesto di religione, era un delitto (v. XI, n. 163). Il decreto del 3 messidoro anno XII è la conseguenza logica della soppressione dei conventi. Autorizzare le associazioni religiose equivale a ricostituire indirettamente i conventi, perchè, non potendo i religiosi possedere individualmente, nemmeno l'abito che li copre, bi-

(1) Liegi, 17 dicembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 137).

sogna, perchè possano sussistere, che possegga la comunità. Ora, la comunità non può possedere, perchè non esiste legalmente, è il nulla. Ecco dunque le associazioni in rivolta contro la legge. Esse non possono vivere se non sono capaci di possedere, e non hanno questa capacità. Ciò che la legge rifiuta loro esse cercano di ottenere colla frode. È quello che avvenne nel Belgio. Il decreto di messidoro è abrogato dalla nostra costituzione. Le associazioni religiose possono costituirsi liberamente. Esse hanno approfittato di questa libertà, ma la libertà non è bastata loro; esse si sono, di fatto, costituite in corporazioni. Non è soltanto la necessità di vivere che le ha obbligate a violare la legge, ristabilendo i conventi. Agli occhi della Chiesa i conventi non sono mai stati soppressi legalmente, perchè il legislatore non aveva il diritto di abolirle. Esse esistono in virtù del diritto della Chiesa, diritto divino che è anteriore alla legge ed al di sopra di questa.

194. Una tale pretesa può stupire coloro che non conoscono la Chiesa e la sua immensa ambizione. La Chiesa stessa nasconde e simula il suo desiderio. A sentirla, essa non vuole che la propria libertà. Abbiamo veduto altrove, e a sazietà, come ciò che la Chiesa chiama la sua libertà è il servaggio dello Stato e l'asservimento di popoli sovrani (1). La storia dei conventi è una prova vivente che la libertà della Chiesa è incompatibile colla sovranità delle nazioni. Gli è che la libertà della Chiesa è una vera sovranità, e siccome è impossibile che due potenze sovrane coesistano in uno stesso Stato, bisogna necessariamente che la sovranità civile sia subordinata alla sovranità divina. Le testimonianze abbondano e noi le abbiamo citate nel nostro studio *sulla Chiesa e lo Stato.* Qui basterà trascrivere qualche riga di uno di quei libri popolari che si diffondono come la peste. Vi sono (2) cattolici i quali dicono che la famosa Enciclica di Pio IX non lede affatto la sovranità laica nè le libertà costituzionali. È questa una delle obbiezioni popolari contro l'Enciclica alla quale Monsignor di Ségur risponde in questi termini: Vi ha una costituzione superiore a tutte quelle che gli uomini fanno e disfanno, « è la costituzione divina, la legge eterna di Dio, antica quanto il mondo, di cui Gesù Cristo è l'autore supremo, e che la Chiesa cattolica è incaricata di far osservare in tutta la terra. Nessuno Stato, nessun principe, nessuna legge umana ha diritto di violare una costituzione che serve di base e di regola a tutte le costituzioni dei regni e degli imperi ». Quando dunque una

---

(1) Vedi il mio *Studio sulla Chiesa e lo Stato,* e i miei *Studii sulla storia dell'umanità.*

(2) Almeno ve n'erano pel passato. I Gesuiti hanno posto fine a questa ipocrisia, e dobbiamo esserne loro grati.

legge laica si mette in opposizione col diritto della Chiesa, essa è colpita di nullità radicale; i fedeli non sono obbligati ad osservarla; essi diranno coll'apostolo « che vale meglio obbedire a Dio che agli uomini » (1).

195. La nazione sovrana, per l'organo dei suoi rappresentanti, ha abolito i voti e, per conseguenza, i monaci. Che importa alla Chiesa? I monaci non hanno cessato di essere veri monaci. Tutti i giorni si fanno voti, tutti i giorni si costituiscono congregazioni, nel cui seno questi voti sono pronunciati. Le leggi della rivoluzione hanno fatto ciò che non avevano il diritto di fare.

Sta il principio, nell'ordine civile, che le associazioni non costituiscono una persona morale, e quindi le associazioni religiose, come tali, non possono possedere. Che importa alla Chiesa? Essa proclama un altro principio. Soltanto la comunità è proprietaria; è l'ente morale che possiede, i religiosi essendo incapaci di possedere.

La legge civile ha reso ai religiosi la capacità d'acquistare e di possedere di cui erano privati nell'antico ordine di cose, e che non possono avere secondo le leggi della Chiesa, perchè il primo voto ch'essi pronunciano è quello di povertà. Che cosa diviene questa capacità e a chi profitta? I religiosi sono sempre incapaci agli occhi della Chiesa; ciò ch'essi acquistano in forza della legge civile non diviene loro proprietà; i beni che pervengono loro sono proprietà della comunione (2).

196. Così, in tutti i punti, il fatto, ossia il diritto della Chiesa, è in opposizione col diritto laico. La Chiesa considera la legislazione rivoluzionaria come non avvenuta; essa è in aperta ribellione contro la legge. È quasi inutile soggiungere che questa ribellione procede dalla Corte di Roma. Si sa che la Chiesa è nelle mani del Papa. Però, malgrado la potenza divina che reclama, il Papato è sovente costretto a transigere. Quando Pio VII stipulò il concordato colla repubblica non osò domandare il ristabilimento dei conventi. Portalis, negoziatore del concordato, dichiara che gli ordini religiosi sono istituzioni estranee al governo fondamentale della Chiesa. Ancora più che inutili, egli dice, essi erano pericolosi, perchè i monaci formavano « la milizia del Papa, sempre disposto a propagare la dottrina ultramontana ». Oggi l'ultramontanismo domina, e sono monaci, e Gesuiti che governano la Chiesa.

Quando il Belgio fu riunito alla Francia, la legge del 15 fruttidoro anno IV chiuse i monasteri, confiscò i loro beni, vietò la vita comune ai religiosi e li disperse. Per una strana inconseguenza, il legislatore permise ai religiosi di comperare beni nazio-

---

(1) Ségur, *Delle obbiezioni popolari contro l'Enciclica*, p. 14.

(2) Vedi le testimonianze in Orts, *Dell'incapacità civile delle congregazioni religiose*, p. 289 e seg. nn. 267 e 268.

nali coi buoni che accordava loro. Esso non s'avvedeva che in tal modo prestava la mano al ristabilimento dei conventi che sopprimeva. I religiosi ebbero degli scrupoli. Potevano essi, malgrado il loro voto di povertà, acquistare dei beni? Pio VI li autorizzò a comperare i beni della loro abazia, a condizione di conservarli alla Chiesa (1). Così, agli occhi del Papa, i conventi esistevano sempre di diritto, e i beni di cui erano stati spogliati dovevano essere riscattati e conservati per la Chiesa, alla quale non avevano cessato di appartenere.

Quello che imbarazza gli ecclesiastici non è la legge, che non esiste per loro, ma il modo di eludere la legge. La manomorta è abolita; si tratta di ristabilirla malgrado il legislatore. Si sono trovati dei giurisperiti i quali hanno aiutato i monaci a violare la legge, poichè eluderla equivale a violarla. Abbiamo riportato altrove il decreto della sacra congregazione della Propaganda del 15 dicembre 1840, approvato dal Papa (2). È la frode alla legge, consigliata e autorizzata da colui che si dice il vicario di Dio. Ecco che cosa dice il decreto intorno alle società contratte allo scopo di permettere agli stabilimenti ecclesiastici di possedere, sebbene di diritto ne siano incapaci: « Si è immaginato un mezzo di *possedere i beni* costituendo un contratto di società. Tre o quattro membri della società posseggono i beni in comune di modo che tutti i soci ne godono durante la loro vita. Nessuno di essi può disporre del suo diritto, nè tra vivi, nè per testamento. Se l'uno muore, i beni restano tutti integralmente ai superstiti. Ove esistono simili società il vescovo deve soltanto vegliare a che il socio che muore sia sostituito da un altro membro della comunità ».

197. Al rimprovero di frode che noi rivolgiamo alla Chiesa si risponde che i religiosi hanno agito in piena buona fede, conformandosi al parere dei giureconsulti più *abili* e più *integri*, ch'essi hanno approfittato delle risorse che la legge offriva e sembrava loro offrire (3). Le Corti del Belgio non sono state del parere di questi giureconsulti troppo compiacenti, ed hanno dichiarate nulle e inesistenti le pretese società formate allo scopo di ricostituire la manomorta. Possiamo limitarci a presentare il sunto dell'eccellente sentenza pronunciata dalla Corte di Bruxelles sulle conformi conclusioni dell'avvocato generale Corbisier. La Corte comincia collo stabilire il principio che la costituzione belga, proclamando la libertà d'associazione, non ha inteso conferire la personificazione civile alle società religiose, o ad altre società. Solo il potere legislativo può accordare questo privilegio. In mancanza d'una legge speciale, le

(1) La lettera di Pio VI è esaminata nella sentenza di Bruxelles del 13 maggio 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 191).
(2) BONIX, *Tractatus de jure regulorium*, t. I, p. 397.
(3) MALON, *Della libertà della carità del Belgio*, p. 134 e seg.

associazioni religiose restano sotto l'impero del diritto comune. È questo diritto comune che i giureconsulti *abili* ed *integri* rivendicano in favore dei conventi. La Corte di Bruxelles dimostra che i religiosi e i loro consiglieri si sono valsi della legge per frodarla.

A termini dell'art. 1832, la società deve avere per scopo di realizzare un guadagno, ed il guadagno deve essere apprezzabile in denaro. È questo uno degli elementi essenziali del contratto di società; donde segue che le associazioni stabilite per uno scopo esclusivamente religioso non sono società, nel senso del codice civile, il che decide già la questione. Si obbietta che vi ha guadagno pei soci nel godimento dei beni comuni e nell'economia della vita conventuale. Qui comincia l'opera della simulazione e della frode. Che gli avvocati *abili* ed *integri* abbiano ricorso a simili espedienti, a rigore si concepisce. Essi ignoravano senza dubbio che cosa sono i religiosi, essi ignoravano che il loro ideale è di praticare i consigli di perfezione che Gesù Cristo dà ai suoi discepoli. Vi si legge forse che il godimento dei beni di questo mondo è una delle perfezioni evangeliche?

La Corte di Bruxelles ci dirà che cosa diventa il diritto comune nelle mani dei religiosi e dei loro consiglieri. Ogni società, dice l'art. 1833, deve essere contratta per l'interesse comune delle parti. Ora, ciò che caratterizza il monachismo è l'abdicazione più assoluta di ogni interesse individuale. I religiosi muoiono al mondo e vivono della vita degli angeli. I contratti di società ch'essi stipulano, per quanto simulati, non possono trasformare dei religiosi in speculatori. Quali sono i guadagni comuni ch'essi fanno, guadagni senza i quali non vi ha società? I soci non hanno diritto alcuno. Sono i superiori che distribuiscono a modo loro i redditi dei beni comuni. Dunque, durante la società non si fa alcuna divisione dei guadagni. È uopo chiedere se lo stesso accada nelle vere società? Quanto ai beni comuni, il contratto li attribuisce ai due ultimi soci superstiti. Ma il decreto della Propaganda ci apprende che i religiosi che muoiono devono essere sostituiti da nuovi membri; di modo che la società è perpetua, ed il diritto dei due ultimi soci è una finzione, diciamo meglio, una menzogna. Anche supponendo che l'associazione s'estingua, o sia distrutta, gli ultimi superstiti non sarebbero nemmeno proprietarii. Il loro voto vieta ad essi ogni proprietà individuale.

La Corte di Bruxelles cita tutti gli articoli del titolo della *Società* che si riferiscono alla controversia: tutti sono violati. Secondo gli articoli 1865 e 1869, i soci possono sempre domandare lo scioglimento della società quando la sua durata è illimitata. Ciò è vietato dal contratto di società che costituiscono i religiosi. Come avrebbero essi un diritto qualunque quando sono morti? Essi non sono uomini, ma cadaveri.

L'art. 1868 permette ai soci di stipulare che, in caso di morte di uno di essi, la società continuerà fra i superstiti, ben inteso che l'erede del premorto ha diritto, in questo caso, alla divisione della società avuto riguardo allo stato di questa morte. Che cosa dicono gli atti stipulati da religiosi? Essi escludono gli eredi da ogni diritto all'attivo sociale.

Queste clausole, dice la Corte, implicano, da parte dei soci, l'abbandono completo delle loro quote, senza compenso alcuno, il sacrificio il più assoluto dei loro interessi a vantaggio della società. Che cosa è una società la quale non riconosce alcun diritto ai soci e che concentra tutti i diritti nell'ente morale dell'associazione? I giureconsulti *abili* ed *integri* avranno un bel dare il nome di società ad una simile associazione: il buon senso e la coscienza si ribellano contro queste finzioni e le chiamano menzogna e frode.

Se la società non è che una finzione, quale è la realtà? La Corte risponde: « Nessun termine è fissato alla società. Il suo scopo confessato non ne ammette alcuno, e l'aggiunta dei nuovi membri può perpetuarne indefinitamente l'esistenza ». D'altra parte « i soci mettono in comune tutti i loro beni e tutti i guadagni realizzabili dalla loro industria e dal loro lavoro ». « Nessun socio può liberamente disporre dei suoi diritti sociali, e nulla può trasmetterne ai suoi eredi. Il membro che si ritira dalla società, quello che ne è escluso sono decaduti da tutti i loro diritti nella comunità ». Quanto alla trasmissione che si effettua alla morte di un socio, a vantaggio dei superstiti, « essa non è che apparente e chimerica, l'ammissione illimitata di nuovi membri e la perpetuità dell'associazione che ne è la conseguenza togliendo ogni probabilità ai superstiti d'acquistare un giorno la proprietà dei beni comuni ». Ne consegue che « la proprietà alla quale i membri dell'associazione non hanno individualmente alcun diritto appartiene, in realtà, alla società stessa. Tutte le stipulazioni dell'atto tendono ad assorbire i diritti dei soci e quelli dei loro eredi a vantaggio della società, ad impedire lo smembramento del suo patrimonio, a sottrarre i suoi beni al movimento delle transazioni. Il contratto finisce così, pel concatenamento delle sue clausole, a creare, senza il concorso del legislatore e contrariamente alle sue prescrizioni, un ente morale distinto dagli individui che lo compongono, rinnovantesi incessantemente per la successione non interrotta dei suoi membri, avente un'esistenza propria, diritti particolari, acquistando, possedendo per sè beni immobilizzati nelle sue mani; riunendo, in una parola, tutti i caratteri di un istituto di manomorta ».

Veniamo alla conclusione. La Corte condanna e stigmatizza i mezzi coi quali i religiosi e i loro consiglieri ricostituiscono i conventi. « La pretesa società non ha altro scopo che di ottenere, per *via indiretta*, i beneficii della personificazione civile. Le parti non hanno preso a prestito la forma del contratto di

società che per *dissimulare le loro intenzioni* e per *eludere un diritto della legge* ». Per conseguenza, « la convenzione chiamata società è affetta da nullità radicale, perchè contravviene alla legge d'ordine pubblico che subordina l'esistenza d'una persona civile all'autorizzazione del legislatore ». Viziata nella sua essenza da una causa illecita, la convenzione non può produrre alcun effetto (1).

198. La sentenza della Corte di Bruxelles è stata deferita alla Cassazione. Si è detto che i pregiudizii cattolici viziano l'intelligenza a segno che coloro i quali ne sono imbevuti non vedono più le cose sotto il loro vero aspetto, come se si fosse praticata su loro l'operazione dell'accecamento intellettuale. È una triste verità, almeno per coloro che sono allevati nelle dottrine ultramontane. Ecco argomenti che non si ebbe rossore di presentare davanti la Corte di cassazione. La costituzione dà ai Belgi il diritto di associarsi, e quindi permette loro implicitamente l'uso dei mezzi necessarii per l'esistenza dell'associazione; donde si conchiude che le associazioni religiose, avendo un'esistenza legale, possono come tali possedere e ricevere delle liberalità. È quanto dire che la libertà accorda un privilegio, quello di costituire una persona civile, ossia uno di quegli enti fittizii che il solo legislatore ha diritto di creare. Fa d'uopo insegnare ai giureconsulti che non vi ha finzione legale senza legge? La Corte di cassazione si è presa la pena di rispondere al ricorso che la costituzione, riconoscendo ai Belgi il diritto di associarsi, non accorda la capacità civile alle associazioni considerate come enti collettivi. Basta leggere le discussioni del Congresso per convincersi che il legislatore non ha pensato a conferire la personificazione a tutte le associazioni che si formassero in forza della libertà ch'esso proclamava. Non si può nemmeno supporre una simile intenzione in un legislatore, perchè non si può immaginare che coloro i quali fanno le leggi, e la legge delle leggi, la costituzione, non possedessero i loro cinque sensi.

Lo stesso argomento era presentato anche sotto diversa forma. Che importa, diceva il ricorso, che le associazioni religiose non siano società civili nel senso dell'art. 1832? Sta sempre il fatto che sono società legali, poichè la costituzione le autorizza: esse si formano in forza d'un concorso di consenso, e quindi in forza d'un contratto. Questo contratto deve ricevere esecuzione in quanto non abbia nulla di contrario all'ordine pubblico ed ai buoni costumi. Ora, nessuna legge vieta ad una associazione di perpetuarsi e di immobilizzare i suoi beni

---

(1) Bruxelles, 13 maggio 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 191). Cfr. Gand, 4 febbraio 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 371), o il volume XI dei miei *Principii*, n. 179. La giurisprudenza è costante in questo senso, e così pure la dottrina (ORTS, *Delle congregazioni religiose*, p. 156, n. 151.

quando i soci restano soggetti al diritto comune. Era come pretendere che ogni associazione formata in forza della libertà di associarsi può costituire una persona civile in virtù del diritto comune. La personificazione civile e la manomorta che ne risulta sarebbero dunque il diritto comune di ogni società. Ov'è la legge che consacra una simile enormità? La Corte di cassazione risponde che la sentenza impugnata constata come la società in controversia non aveva altro scopo che di ottenere per via indiretta il beneficio della personificazione, e che le parti non avevano preso a prestito le forme del contratto di società che per dissimulare le loro intenzioni e per eludere la legge. Tale essendo lo scopo dell'associazione religiosa, il contratto in forza del quale esso si forma è per ciò stesso colpito di nullità, perchè è fondato sopra una causa illecita. Esso è dunque inesistente in forza dell'art. 1131, e, pertanto, non può produrre alcun effetto (1).

199. Diciamo enormi le pretese delle associazioni religiose, o per meglio dire, dei loro consulenti. Le vere pretese della Chiesa e di tutti gli istituti ecclesiastici sono più enormi ancora, e lo sono a tal punto che non si osa nemmeno confessarle in giudizio. Per quanto cattolici, i difensori della Chiesa non hanno mai osato sostenere nè davanti ai tribunali, nè in seno alle camere, la dottrina ultramontana sul diritto divino della Chiesa, diritto che la pone all'infuori ed al di sopra della legge. Precisamente perchè tale è la pericolosa ambizione della Chiesa il legislatore non può ammettere come diritto comune la personificazione di ogni sorta d'associazioni, giacchè questo diritto comune condurrebbe a ristabilire i conventi e la manomorta. Non basta. Sotto l'antico regime, i conventi e la manomorta erano soggetti a restrizioni che costituivano garanzie per le famiglie e per lo Stato. Queste garanzie sono incompatibili colla libertà assoluta d'associazione consacrata dalla nostra costituzione. Se, inoltre, la costituzione permettesse implicitamente, come fu sostenuto davanti la Corte suprema, alle associazioni di perpetuarsi e d'immobilizzare i beni, il legislatore avrebbe ristabilito con ciò stesso la manomorta ed i conventi, senza alcuna di quelle garanzie che l'antico regime offriva allo Stato ed alle famiglie. Una simile legislazione sarebbe una follìa, ed è maggior follìa ancora il sostenere che tale sia il diritto comune.

Non già che questo diritto comune sia senza inconvenienti. Trattasi di un regime di diffidenza che intralcia la formazione e l'esistenza di ogni libera associazione. Un'associazione religiosa non può possedere una cappella; un'associazione di beneficenza o di diletto non può possedere il locale in cui si riunisce. Certo

---

(1) Rigetto, 17 maggio 1862, sulle relazioni di PAQUET e sulle conformi conclusioni di LECLERCQ, procuratore generale (*Pasicrisie*, 1862, 1, 274).

il legislatore potrebbe, senza alcun pericolo, autorizzare simili associazioni ad acquistare e a possedere, ma non può farlo in causa dello spirito invadente della Chiesa e dei suoi istituti. Gli è perchè la Chiesa minaccia d'invadere tutte le proprietà che in tutti i paesi cattolici la legge ha dovuto vietare gli stabilimenti di manomorta e limitare i loro acquisti. Anche queste restrizioni si trovarono insufficienti, e quando scoppiò la rivoluzione del 1789, l'abuso era tale che fu necessario abolire gli stabilimenti di manomorta e dichiarare che i loro beni dovevano devolversi allo Stato. Neanche questo bastò, ma si dovettero vietare le associazioni religiose come un delitto. Invano si grida all'oppressione ed alla tirannia. Accordare la libertà alle associazioni religiose è come permettere loro di ricostituire la manomorta indirettamente, subdolamente eludendo le leggi e violandole. È quello che avviene sotto i nostri occhi. Invano la giustizia colpisce di nullità gli atti fraudolenti, la frode continua la sua opera; gli stabilimenti di manomorta si moltiplicano in dispregio alla legge; il legislatore lascia fare e i tribunali sono impotenti. Vi ha in ciò un immenso pericolo per la società. Un tempo si lamentava che le famiglie erano spogliate a vantaggio della Chiesa. È un male, ma il minore. Bisogna vedere quali sono gli istituti che s'arricchiscono di queste spoglie. Non è il clero secolare; gli artifizii si praticano dai monaci e a loro profitto. Ora, il monachismo è l'asservimento delle anime. I monaci sono legioni di cadaveri che hanno per missione di diffondere la superstizione e l'ignoranza, facendo di ogni uomo uno schiavo della Chiesa. Sotto un simile regime le più forti nazionalità periscono, testimonio la Spagna. È dunque per le società cattoliche una quistione di vita o di morte. Ecco perchè noi insistiamo quando incontriamo nel nostro cammino l'opera frodolenta che, consolidando il monachismo, prepara la morte del Belgio. Dobbiamo vedere le conseguenze della frode. Additandole contribuiremo forse a sollevare una reazione che salverà la nostra patria dall'avvilimento e dalla decadenza che accompagnano dovunque la dominazione della Chiesa.

200. La Corte di Bruxelles ha giudicato che le pretese società formate dai religiosi erano viziate nella loro essenza, perchè la loro causa è illecita, e che, conseguentemente, queste convenzioni non possono produrre alcun effetto. Sono i termini dell'art. 1131. Le società essendo inesistenti, che cosa diventano i beni ch'esse posseggono? Quali sono i diritti dei soci e dei loro eredi? Lo Stato ha un diritto? Simili quistioni sono controverse, e vi hanno serii dubbii.

Cominciamo dai soci. Hanno essi il diritto di riprendere i loro contributi? Gli scrittori sono divisi (1). A nostro parere,

---

(1) ORTS, *Dell'incapacità civile delle congregazioni religiose*, p. 414 e seg.; numeri 351-354.

bisogna applicare alle associazioni religiose quanto abbiamo detto delle società illecite (n. 165). Se si ammette il principio che le associazioni religiose sono illecite, la conseguenza è certa. Ma il principio è contestato. Se i religiosi hanno costituito un contratto di società, prendendo a prestito le forme dal diritto comune, questo contratto è nullo, più ancora, inesistente. È quello che ha deciso la giurisprudenza delle Corti del Belgio (nn. 197 e 198). Se, in forza di questo contratto di società, i religiosi hanno portato dei contributi, possono esercitarne la ripresa, nel qual caso si applicano alla lettera i principii che reggono le società illecite, poichè vi ha un contratto che la giurisprudenza dichiara illecito. Ogni socio può dunque domandare che la società sia sciolta, per meglio dire, dichiarata inesistente, e, per conseguenza, riprendere i suoi contributi. È questo il diritto comune.

D'ordinario non si fanno contratti di società civile fra i religiosi, e specialmente fra le religiose, e siccome la giurisprudenza non ne ammette la validità, non se ne faranno più. Sarebbe una frode senza alcun profitto, e i monaci non fanno che frodi che siano loro giovevoli. L'associazione religiosa, quando non interviene un contratto di società, sarà una di quelle associazioni libere che la costituzione autorizza. In questo senso, essa ha un'esistenza legale, è una comunità di fatto. Però differisce dalle altre associazioni che si formano in forza della libertà d'associazione. Queste non hanno la pretesa di costituire un corpo morale, e molto meno ancora d'essere all'infuori ed al di sopra della legge, mentre ogni congregazione religiosa (cattolica, ben inteso) ha l'ambizione della Chiesa, e quindi ogni congregazione, in questo senso, è illecita. Ciò importa poco per il momento. Quand'anche le associazioni religiose fossero, sotto ogni aspetto, lecite, bisogna sempre riconoscere ad ogni comunista il diritto di lasciare la comunità e di riprendere i suoi contributi. La Corte di Parigi ha giudicato così in un caso che ha fatto rumore e sul quale dobbiamo fermarci un istante. Abbiamo riportato altrove i fatti e la decisione della Corte (v. XVI, n. 71). La causa è notevole dal punto di vista dei principii che esponiamo. In Francia le congregazioni religiose femminili possono essere autorizzate, ma ve ne sono di quelle che non domandano questa autorizzazione e che preferiscono il regime di libertà e di frode praticato nel Belgio. Tale era la congregazione di Picpus, o l'istituto dei Sacri Cuori di Gesù e di Maria. L'istituzione di questa congregazione non essendo autorizzata, il tribunale della Senna ne conchiuse ch'essa non aveva alcun carattere legale, e, non avendo esistenza civile, non poteva essere ammessa a proporre un'azione giudiziaria, e per la stessa ragione non poteva essere chiamata in giudizio nè esservi rappresentata. Ora, l'azione di rivalsa della marchesa di Guerry era diretta contro i superiori e i membri della congregazione in questa qualità, e quindi non era ammissibile

La sentenza faceva una strana confusione. Una congregazione può non costituire un corpo morale e, in questo senso, non aver carattere legale, senza che si possa dire che non vi sia comunità legale, legale nel senso che è un'associazione libera, la quale può formarsi senza autorizzazione. Essa non può senza dubbio essere citata, nè essere rappresentata in giudizio, poichè non forma nè una persona giuridica, nè tampoco una società civile, ma devesi indurre da ciò che i membri di queste congregazioni non abbiano alcuna azione per riprendere i loro contributi? Sull'appello la sentenza è stata infirmata. La Corte di Parigi dice che, se le comunità religiose non autorizzate non costituiscono persone civili, formano però fra i membri di cui si compongono società di fatto responsabili, verso i terzi, delle obbligazioni che assumono, sia che queste obbligazioni derivino da contratti o quasi-contratti, sia che abbiano per causa delitti o quasi-delitti. Contro chi saranno dirette le azioni? Quello che la Corte chiama una società di fatto non è altro che una comunità. Sono dunque i comunisti che devono essere citati. La sentenza stabilisce che la responsabilità incombente alle società di fatto si applica, nella misura della loro partecipazione agli affari comuni, a tutti coloro che hanno fatto parte della congregazione, e specialmente a coloro che, sotto il nome di superiori od altro, ne hanno la direzione o ne detengono i beni. Rimaneva da stabilire il diritto dell'attrice. La Corte constata che l'istituto dei Sacri Cuori non è autorizzato dallo Stato, donde segue che non esiste alcun vincolo giuridico fra i membri di questa comunità; che ciascuno può, a suo piacimento, riprendere la sua libertà, e se ha versato nella società effetti mobili od immobili, riaverne il possesso (1).

La giurisprudenza delle Corti del Belgio è nello stesso senso. Esse decidono che il religioso che si ritira o che è espulso non ha diritto che alla ripresa dei suoi contributi, deduzion fatta delle proprie spese, nel determinare le quali si tien conto del suo lavoro (v. XVI, n. 71).

201. Il religioso che si ritira dall'associazione ha diritto ai beneficii? Può egli domandare la sua parte nei beni comuni? Si ammette generalmente che il comunista non ha alcun diritto sui beni che la comunione possedeva al momento in cui vi è entrato. Su questo primo punto non vi ha alcun dubbio. Bisogna innanzi tutto escludere l'idea d'un corpo morale che non esiste: i religiosi non formano nemmeno una società civile. Giuridicamente non vi sono dunque beni comuni e, per conseguenza, non vi ha nulla da dividere. Si giunge allo stesso risultato quando si consideri la natura della convenzione che si forma fra il religioso e la comunità nella quale è ricevuto

---

(1) Parigi, 8 marzo 1858 (DALLOZ, 1858, 2, 49). Cfr. Rigetto, sezione civile, 30 dicembre 1857 (DALLOZ, 1858, 1, 21).

come membro. Vi entra egli per uno scopo di speculazione, per percepire una parte dei beni che la comunità possiede? E l'intenzione della comunità è di dargli una quota di questi beni? No, certo, perchè egli fa voto di povertà, e quand'anche conservasse la proprietà dei beni che possiede e che potrà acquistare per eredità, la volontà delle parti contraenti esclude sempre ogni concetto d'appropriazione dei beni comuni. Nel pensiero dei contraenti, i beni appartengono all'ente morale della congregazione, e quindi non può parlarsi della comunicazione di questi beni a coloro che entrano nelle comunità. Si obbietterà che legalmente non vi ha corpo morale? Senza dubbio, ma per determinare la natura del contratto che interviene fra le parti bisogna sempre tener conto dell'intenzione di colui che entra nella comunità e di coloro che lo ricevono. L'uno non ha la volontà d'acquistare, e gli altri non hanno la volontà di trasmettergli una parte nei beni comuni, e quindi non si può parlare di un'azione di divisione di questi beni.

Vi ha una sentenza in tal senso della Corte di Gand (1). Si faceva un'obbiezione molto speciosa, invocando il principio consacrato dalla giurisprudenza, cioè che vi ha una società o comunità di fatto, di cui ciascun comunista può domandare la liquidazione e la divisione. La Corte risponde che ciò sarebbe vero se si trattasse d'un membro fondatore della comunità. Egli avrebbe certo il diritto di riprendere i suoi contributi e la sua parte nei benefici, come dovrebbe sopportare la sua quota nelle perdite. Ma, dice la sentenza, questo principio non potrebbe essere applicato ai membri affigliati posteriormente. Quale è la ragione di tale distinzione? La Corte risponde che, « essendo stata la comunità affetta, fin dall'origine, d'una nullità assoluta che le ha impedito di esistere, non ha potuto conferire diritti nè imporre obbligazioni a chicchessia, non potendo il nulla essere capace nè di dare nè di ricevere ». Questa decisione non è forse eccessivamente assoluta? L'argomento prova troppo, ed è in contraddizione con quanto la sentenza dice del diritto dei membri-fondatori. Se la nullità o l'inesistenza della comunità, quale persona morale o società civile, non impedisce la divisione del fondo comune fra i membri fondatori, non impedisce del pari d'agire ai membri affigliati. Se vi hanno pei primi interessi comuni da liquidare, dev'essere lo stesso per gli altri. Supponiamo che la comunità abbia fatto degli acquisti dopo l'affigliazione del religioso che domanda la divisione. La sua condizione sarà eguale a quella dei membri fondatori. La questione deve dunque essere generalizzata, e si deve vedere se esistano, fra i membri d'una congregazione, diritti comuni che autorizzano una domanda di divisione.

---

(1) Gand, 27 giugno 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 343).

La Corte di Gand stabilisce un principio che è vero, ma che non deve essere preso in senso troppo assoluto. Le comunità religiose, essa dice, che non hanno ottenuto la personificazione civile, non hanno alcuna esistenza legale, donde segue che non possono validamente contrattare. Non vi ha alcun vincolo giuridico fra esse e i loro membri. Qualunque obbligazione intervenisse fra la comunità come tale e i membri che vi si affigliano, sarebbe senza valore agli occhi della legge. La Corte conchiude che fra la congregazione e i membri non vi ha che un vincolo morale, una comunità spirituale, spogliata di ogni interesse pecuniario, e che, per conseguenza, i membri non possono reclamare altro diritto che la ripresa di tutto ciò di cui la comunità s'è arricchita pel fatto del religioso che la abbandona. Quest'ultima proposizione restringe già il principio troppo assoluto che serve di punto di partenza all'argomentazione della Corte. Dal fatto che la congregazione non è una persona morale, e nemmeno una società civile, non si può conchiudere che la comunità di fatto esistente fra i membri sia illecita e non possa dar luogo ad alcuna azione. La sentenza stessa dice il contrario, poichè decide che la comunità è tenuta in quanto si è arricchita. Quello che, a nostro credere, ha tratto in inganno la Corte si è ch'essa ha soverchiamente esteso le conseguenze del principio della inesistenza delle congregazioni quali persone civili. Rimane un'associazione libera lecitissima, poichè si forma in forza della costituzione. Ora, non vi ha associazione senza interessi comuni, interessi pecuniarii che danno luogo a liquidazione ed a divisione. La difficoltà consiste dunque nel precisare questi interessi comuni ed i diritti che ne risultano. Ora, dal momento che i nuovi membri danno un contributo, questa quota viene versata nel fondo comune, donde risulta necessariamente un interesse del comunista nel fondo comune. Se la comunità fa un acquisto con denari comuni, ogni membro vi ha una parte, in ragione della propria quota, e quindi coloro che abbandonano la congregazione hanno diritto di reclamare non solo i loro contributi, ma anche ciò di cui la comunità s'è arricchita per questo conferimento. Gli è quanto dice la stessa Corte di Gand, ed è a questo principio che bisogna attenersi. La comunità è obbligata in quanto s'è arricchita.

Una posteriore sentenza della Corte di Gand ha rettificato ciò che la prima ha di troppo assoluto. Le congregazioni non hanno esistenza legale, dice la Corte, ben inteso come corpo morale o come società civile; donde segue che i membri non possono a questo titolo avere nè diritti nè obbligazioni: la congregazione non può nulla acquistare come persona civile, ed i membri che vi entrano non acquistano nessun diritto contro una corporazione che non esiste. Tale è il diritto in tutto il suo rigore. Ma vi hanno di fatto interessi comuni: i comunisti possono arricchirsi, l'uno a danno dell'altro, e sono tenuti in quanto

s'arricchiscono. Il religioso che abbandona la congregazione ha dunque non solo un'azione per la ripresa dei suoi contributi, ma può domandare anche che i comunisti i quali restano nella congregazione gli tengano conto di ciò di cui s'è arricchita per questo conferimento. Alla loro volta, i comunisti potrebbero portare in conto la parte di cui si è arricchito il membro che esce. Ciò decide la questione della divisione dei beni. Nella specie, dice la sentenza, non era stato giustificato nè tampoco asserito che, dopo l'entrata dell'attrice nella congregazione, fossero stati acquistati dei beni per conto dei comunisti, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito (1), il che implica che la Corte avrebbe ammesso l'azione se questa giustificazione fosse stata data.

202. La Corte di Parigi ha giudicato, nella causa della marchesa di Guerry (n. 200), che, avendo questa appartenuto, per più di trent'anni, alla comunità di Picpus, era conforme al diritto che sopportasse la sua parte dei debiti ed oneri della società durante così lungo spazio di tempo. È detto nella sentenza che l'attrice stessa riconosce la giustizia di queste deduzioni. Essa aveva conferito nella comunità la somma di un milione e duecentomila lire. La Corte fissò in cinquecentomila lire la somma di cui la comunità si era arricchita, e che era tenuta per conseguenza a restituire. Condannò pertanto i direttori e membri della congregazione siccome quelli che avevano od avevano avuto la direzione della congregazione e detenevano i suoi beni. La condanna fu pronunciata solidariamente, perchè, secondo la giurisprudenza, l'obbligo della restituzione risulta da un quasi-delitto, e gli autori d'un quasi-delitto sono tenuti in solido secondo la dottrina generalmente ammessa.

Quello che la Corte di Parigi dice delle perdite ed oneri deve applicarsi anche ai beneficii. Non si concepirebbe che i soci fossero tenuti alle perdite e non avessero alcun diritto ai beneficii che la comunità avesse realizzati. La questione è in sostanza analoga a quella che abbiamo esaminata, e la sentenza della Corte di Parigi conferma implicitamente la nostra dottrina. Si può obbiettare che le associazioni religiose non si formano in vista d'un beneficio da realizzarsi e da dividersi, e che è questo il motivo pel quale esse non costituiscono società civili. Non è una contraddizione il dividere dei beneficii dove, legalmente parlando, beneficii non v'hanno? La contraddizione esiste nella situazione anormale delle congregazioni. Esse sono fondate sul voto di povertà. Ve ne hanno di quelle che spingono la condanna di ogni proprietà fino ad escludere la proprietà comune. Abbiamo detto altrove le impossibilità giuridiche alle quali conduce questa strana pretesa ad una perfezione che è

(1) Gand, 24 dicembre 1869 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 314).

incompatibile colle necessità della vita (1). Nella maggior parte degli ordini la condanna della proprietà individuale non impedisce l'avida cupidigia della corporazione, nè, per conseguenza, l'idea di lucro e di guadagno. Solo che il profitto era per il corpo, i membri non vi avevano alcuna parte. Dopo l'abolizione delle corporazioni religiose, non vi ha più corpo morale, non vi sono che comunisti, e quindi legalmente essi approfittano dei beneficii. Si può applicare ai beneficii il principio consacrato dalla giurisprudenza. I comunisti che si arricchiscono dei guadagni realizzati colla quota d'un membro che abbandona la comunità devono rendergliene conto (2).

Vi è anche un'altra anomalia nell'esistenza delle comunità religiose. Abbiamo detto altrove ch'esse costituiscono un fatto illecito in quanto si propongono il ristabilimento delle corporazioni quali persone civili (v. XVI, n. 68). Ora, esse non hanno altro scopo. Se dunque non si tenesse conto che dell'intenzione delle parti contraenti, bisognerebbe dire che il fatto stesso della comunità è illecito, e, come tale, colpito da nullità radicale. Legalmente la comunità sarebbe dunque inesistente, e non darebbe luogo ad alcuna azione, poichè dal nulla non può risultare azione di sorta. Ma resta sempre un fatto di cui bisogna tener conto, la vita comune dei religiosi e gli interessi concordi ch'essa genera. Non si può dire che la vita comune sia illecita. È lo scopo che i contraenti si propongono che è illecito, ed esso vizia tutto ciò che i comunisti fanno per realizzarlo. Ma la comunione d'esistenza fa nascere interessi comuni che bisogna necessariamente regolare. Questo è vero anche quando l'associazione costituisce un delitto (nn. 166-168). A maggior ragione gli è così delle associazioni religiose, che per sè stesse non hanno nulla d'illecito. L'anomalia sussiste, è vero, ed è insolubile; ma bisogna accettarla tenendo conto di tutti gli elementi complessi della comunione di cui si tratta di regolare le conseguenze giuridiche. La comunione è ad un tempo lecita ed illecita. Ciò ch'essa ha di lecito non può legittimare lo scopo illecito che si propone, ma viceversa ciò che ha d'illecito non può viziare ciò che l'associazione ha di legittimo. Solo che l'elemento lecito ed illecito si confondono talmente che sembrano inseparabili l'uno dall'altro. Di qui nascono inestricabiii difficoltà quando si tratta di precisare chi sia proprietario dei beni che i comunisti acquistano a titolo gratuito o a titolo oneroso.

203. Abbiamo esaminato, al titolo delle *Donazioni e Testamenti*, la questione di sapere quale è l'effetto delle liberalità che ricevono le comunità religiose (v. XI, n. 180). La giuris-

---

(1) Vedi il mio *Studio sulla feudalità e la Chiesa* (v. VII dei miei *Studii della storia dell'umanità*).

(2) Orts, *Dell'incapacità civile delle congregazioni religiose*, p. 417, n. 355. Cfr. il mio volume XVI, n. 71.

prudenza le dichiara radicalmente nulle, e quindi il donante resta proprietario e può rivendicare. Accade lo stesso degli acquisti a titolo oneroso. Le comunità sono incapaci di acquistare e di possedere a qualsivoglia titolo, poichè non esistono. Gli eredi del donante o del venditore hanno lo stesso diritto del loro autore. Su questo punto non vi ha alcun dubbio. Ma vi sono altre questioni che ci paiono molto dubbie.

Abbiamo riportato altrove le disposizioni che l'ordinanza del 1749 contiene in favore degli eredi. Più previdente della legislazione moderna, essa ha cercato di garantire le famiglie contro le incessanti spogliazioni di cui sono vittime (v. XI, n. 181). Di qui l'interesse di sapere se questa ordinanza sia ancora in vigore. L'art. 10 permetteva ad un sol figlio o presuntivo erede di reclamare, anche viventi i genitori donanti, i beni di cui questi avevano disposto in favore di stabilimenti di manomorta. L'ordinanza è stata invocata davanti la Corte di cassazione nella causa Lacordaire. La Corte ha giudicato che le disposizioni eccezionali dell'editto erano abrogate, perchè non sono state riprodotte dalle nostre leggi moderne e non sono in armonia col loro testo e col loro spirito (1). Ciò ne sembra assai dubbio. Le leggi sono fatte per essere perpetue, e conservano la loro forza obbligatoria finchè non sono abrogate. Nella specie non vi ha abrogazione espressa. Vi ha forse abrogazione tacita? Non si può invocare la legge del 30 ventoso anno XII. Si potrebbe piuttosto addurla contro l'abrogazione. Infatti, l'art. 7 non abroga il diritto antico se non nelle materie che formano oggetto del codice civile. Ora, il codice non tratta delle corporazioni illecite. Gli ordini monastici erano aboliti, e il legislatore non prevedeva certo che sarebbero un giorno ricostituiti dalla frode. La Corte di cassazione dice che l'editto del 1749 non è in armonia collo spirito delle nuove leggi. L'affermazione è molto vaga e molto pericolosa. Se si potesse invocare lo spirito della legislazione moderna per indurne l'abrogazione delle leggi antiche, una massa di leggi sarebbero abrogate. Non è nemmeno esatto il dire che vi ha opposizione fra lo spirito delle nostre leggi e le disposizioni eccezionali dell'editto. L'editto ha per oggetto di garantire le famiglie contro la cupidigia delle corporazioni religiose. Ma il legislatore moderno deve forse mostrarsi meno curante del diritto delle famiglie? I mezzi sono eccezionali, è vero, e fuori del diritto comune, ma la frode esige rimedii straordinarii, e se si facesse una nuova legge, si dovrebbe egualmente ricorrere a misure eccezionali. È, in ogni caso, una questione da esaminare. La sentenza della Corte di cassazione non la risolve. Essa non doveva nemmeno decidere su questo mezzo allegato dal ricorso, perchè non era stato invocato nè in prima istanza nè in appello.

---

(1) Rigetto, sezione civile, 30 maggio 1870 (DALLOZ, 1870, 277).

204. La Corte di cassazione ha giudicato, nella stessa causa, che gli eredi non hanno alcun diritto sui beni che il loro autore ha acquistato, a titolo gratuito od oneroso, per conto della congregazione. Vi ha più di un motivo di dubitare. La congregazione non diviene proprietaria, poichè essa non esiste agli occhi della legge, ma anche il membro che acquista come interposta persona non è proprietario. Infatti, non si può acquistare la proprietà senza volerlo. Ora, è certo che la persona interposta non intende acquistare i beni per sè, e quindi non è proprietaria. Invano gli eredi dicevano che la congregazione era radicalmente incapace d'acquistare. La Corte risponde che è l'attore in petitorio il quale deve giustificare il suo diritto di proprietà, e che, se non lo fa, deve soccombere nella sua azione, senza che possa invocare i vizii del titolo o del possesso del convenuto. Tali vizii, dice la sentenza, non potrebbero profittare a colui che non è proprietario e dargli il mezzo di arricchirsi a spese altrui.

Queste ultime parole sollevano un dubbio. A spese di chi si arricchirebbero gli eredi rivendicando beni che il loro autore ha acquistato per la comunione? Non a spese della comunità, perchè la comunità non esiste. Si può forse arricchirsi a spese d'un ente che non esiste? Rimane a sapere chi è proprietario. Non lo si sa. Non è nè la persona interposta, nè la comunità. Quando si tratta d'una donazione, si può dire che il donante resta proprietario, poichè la donazione è considerata come inesistente. Ma quando l'acquisto si fa a titolo oneroso, resterà proprietario anche il venditore? Si può sostenerlo, poichè la vendita fatta ad un ente che non esiste, mediante un'interposta persona, è radicalmente nulla, ossia inesistente. Ma questa soluzione non decide la difficoltà. Supponiamo che il venditore agisca perchè la vendita sia dichiarata nulla o inesistente. Egli dovrà restituire il prezzo che ha riscosso. Che cosa avverrà di questi denari? A chi apparterranno? Nè alla comunità, nè alla persona interposta. Apparterranno ai donanti che hanno consegnato le loro offerte al religioso, persona interposta? Si potrebbe sostenerlo se i doni fossero stati fatti per essere consegnati o per profittare alla comunità. Il dono manuale sarebbe in questo caso inesistente. Ma non è così che le cose avvengono. Le numerose offerte che erano fatte al padre Lacordaire erano messe a sua assoluta disposizione, e quindi egli ne diveniva realmente proprietario, coll'incarico di impiegare i denari conformemente alle intenzioni dei donanti, ossia in opere pie. Che cosa avviene dei denari non impiegati? Passano agli eredi cui è imposto l'onere.

205. Vi ha una sentenza della Corte di Liegi che sembra contraria all'opinione generale. In una materia così difficile è bene sentire tutte le opinioni. Ecco i fatti. Abbiamo detto che le leggi rivoluzionarie le quali soppressero nel Belgio le corporazioni religiose e confiscarono i loro beni autorizzarono gli

ex religiosi ad acquistare dei beni mediante i buoni loro rilasciati (n. 198). L'ultimo abate dei Prémontrès de Floreffe approfittò di questa disposizione per comperare, nell'anno V, assieme a tre membri dell'antica congregazione, i fabbricati dell'abbazia e delle terre che ne dipendevano. Egli si considerava sempre come abate di Floreffe e agiva come tale. La comunità contava ancora sessanta membri che vivevano dispersi. L'abate manteneva fra loro l'ordine e la disciplina, per quanto lo permetteva la dispersione dei monaci. La sua grande preoccupazione era di conservare i beni dell'abbazia. Secondo la legge civile, l'acquisto era stato fatto a vantaggio dei religiosi che figuravano negli atti. L'abate esigette da ciascuno degli acquirenti, sotto pena di scomunica, una dichiarazione portante che i beni erano stati acquistati per la comunità. Anzi, formò una società, il cui scopo era di conservare questi beni alla Chiesa, per ricostituire l'abbazia di Floreffe, se le circostanze lo permettevano, e, se la cosa era impossibile, per dare un'altra destinazione religiosa ai beni che erano appartenuti alla comunità. A tale scopo, ogni religioso che veniva a morire istituiva come suoi legatarii universali due membri della congregazione. Ma venne il momento in cui gli ultimi superstiti, convinti dell'impossibilità di ristabilire la comunità di Floreffe, fecero donazione dei beni al seminario di Namur. La maggior parte degli eredi rispettarono le disposizioni fatte dai loro autori, ma vi fu un'azione di nullità contro il testamento dell'abate di Floreffe. È su questa azione che intervenne la sentenza della Corte di Liegi che diede ragione agli eredi.

La prima questione stava nel sapere se i beni comperati dall'abate erano divenuti sua proprietà. Lo si contestava nell'interesse del seminario, l'intenzione dell' abate essendo stata di acquistarli per la comunità. La Corte risponde che la vendita dell'anno V consentita dallo Stato all'antico abate di Floreffe aveva trasferito la proprietà al compratore. Poco importa che l'abate avesse l'intimo pensiero di fare l'acquisto, non per sè stesso, ma per conto della comunità. Questa intenzione nascosta e contraria alla legge non poteva togliere ad un atto steso nelle forme legali la forza e gli effetti che vi sono attribuiti dalla legge. All'obbiezione che l'abate non poteva divenire proprietario senza il suo consenso, e ch'egli non aveva mai avuto la volontà di divenirlo, la Corte risponde che, secondo questa opinione, la proprietà non sarebbe passata a nessuno. Essa non poteva essere trasmessa ad una corporazione che non aveva esistenza legale, nè a persone sconosciute che non figuravano nell'atto. D'altra parte, non ha potuto rimanere in sospeso per un tempo più o meno lungo, fino al momento della donazione fatta al seminario. Bisogna dunque precisamente ammettere che la proprietà è stata trasferita alle persone che figurano nell'atto come acquirenti. Il sistema contrario, dice la Corte, avrebbe conseguenze le quali provano ch'esso è inam-

missibile. Esso lascierebbe la proprietà incerta e in sospeso e sostituirebbe alla realtà legale, base della trasmissione della proprietà, una finzione contraria ad un atto di vendita regolare e ripudiato dalla legge stessa. La sentenza della Corte, su questo primo punto, importava la decisione della lite. Era facile provare che il testamento fatto dall'abate di Floreffe conteneva un fidecommesso tacito vietato dalla legge, sia a vantaggio d'una comunità inesistente, sia a vantaggio d'una persona incerta (1).

La sentenza della Corte di Liegi è in opposizione colla giurisprudenza francese e belga, che rifiuta ogni azione agli eredi d'una persona interposta? Constatiamo anzitutto che la sentenza non decide la questione in questi termini assoluti, e, per interpretare una decisione giudiziaria, bisogna sempre tener conto delle circostanze nelle quali è stata pronunciata. Nel caso concreto era difficile considerare l'antico abate di Floreffe come persona interposta nell'atto di vendita dell'anno V. Infatti, l'interposizione di persona implica che colui il quale acquista lo faccia per trasmettere i beni ad un terzo. Ora, nella specie, questo era impossibile, perchè non vi era nè comunione di diritto, la corporazione essendo soppressa, nè comunione di fatto, essendo i monaci dispersi. Nella sua corrispondenza, l'abate confessa che la comunità non esisteva nemmeno più in fatto, essendo i religiosi sparsi pei nove dipartimenti. Anzi l'abate protesta il suo rispetto per la legge civile, egli non intende ribellarsi alla legge considerando l'abbazia come esistente ancora malgrado la sua soppressione. Soltanto egli nutriva la speranza, ben naturale, che la sua comunità sarebbe un giorno ristabilita. In ogni caso, egli voleva conservare i suoi beni alla Chiesa. La sua intenzione, nell'acquistarli, era dunque di trasmetterli più tardi, sia alla propria comunità, sia ad un istituto ecclesiastico, ma, per poter trasmetterli, doveva essere egli stesso proprietario. Egli lo è dunque divenuto colla vendita dell'anno V, e quindi i beni erano entrati nel suo patrimonio, e potevano passare ai suoi eredi. Restava a sapere se il testamento col quale l'abate istituiva due religiosi come suoi legatarii universali fosse valido. Rimandiamo, su questo punto, ai principii che abbiamo esposti al titolo delle *Donazioni e Testamenti*.

Vi ha una differenza tra i fatti della causa così stabiliti e il caso d'una vera interposizione di persona, come si presentava, per esempio, nella causa Lacordaire. In quest'ultima specie, vi era una comunione di fatto a vantaggio della quale l'illustre abate intendeva acquistare, a titolo gratuito od oneroso, i beni che gli erano donati o che acquistava. Egli era dunque realmente persona interposta negli atti in cui figurava. Le parti contraenti sapevano benissimo che Lacordaire agiva per conto

(1) Liegi, 25 marzo 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 187).

dell'ordine dei Domenicani, di cui era il restauratore. È vero ch'egli era persona interposta a vantaggio d'una comunità incapace d'acquistare sia a titolo gratuito sia a titolo oneroso, ma poco importa nella nostra questione. Si tratta unicamente di sapere, pel momento, se l'acquirente, come, tale, diviene proprietario quando è persona interposta. La negativa ci pare certa.

Se s'interpreta così la sentenza della Corte di Liegi, essa si concilia colla giurisprudenza generale. Ma confessiamo che la nostra interpretazione è dubbia. La Corte non fa la distinzione da noi proposta. La sua decisione è concepita in termini generali, e quindi si potrebbe invocarla per sostenere che l'acquisto fatto a vantaggio d'una congregazione soppressa, sebbene esistente di fatto, profitta a colui che figura nell'atto. Se la sentenza s'intendesse in questo senso, sarebbe, a nostro avviso, contraria ai principii. Noi crediamo che la Corte di cassazione di Francia ha ben giudicato decidendo che gli eredi della persona interposta non hanno azione contro i possessori dei beni, per quanto vizioso sia il titolo di questi possessori (n. 204). La Corte di Liegi ha ragione di dire che ne risultano strane conseguenze, l'incertezza della proprietà. Legalmente bisogna dire che non si effettua trasmissione di proprietà. La persona interposta non diviene proprietaria, nè può divenirlo la comunità; di modo che, stando al rigore del diritto, la proprietà resta al donante o al venditore.

206. Per metter sotto gli occhi dei nostri lettori tutti gli elementi della questione, dobbiamo menzionare una sentenza della Corte di Bruxelles che pare in diretta opposizione colla sentenza di Liegi. Si trattava ancora di religiosi *Prémontrès* dell'abbazia d'Averbade, e d'acquisti da essi fatti per ricostituire la loro abbazia. Questi acquisti si fecero innanzi tutto per mezzo d'un intermediario non appartenente all'ordine, poi furono ceduti ad un religioso, provveditore della comunità, il quale, alla sua volta, li continuò. L'azione di rivendicazione degli eredi non venne ammessa. Apparentemente l'identità delle due cause è completa e la decisione contraria. Vi ha però una considerevole differenza nei fatti. Giusta quanto abbiamo detto, il punto essenziale della quistione è questo. L'acquisto è fatto da persona interposta? Nella causa giudicata dalla Corte di Liegi si può sostenere che non vi era interposizione, mentre la Corte di Bruxelles dimostra a lungo che gli acquirenti in nome proprio erano persone interposte. A differenza dei religiosi di Floreffe, i monaci d'Averbade si ribellarono apertamente contro le leggi che sopprimevano la loro libertà. Essi rifiutarono di ricevere i buoni che furono loro offerti, bisognò cacciarli colla forza, e già avevano cercato di sottrarre una parte dei loro beni alla confisca che li minacciava. Dopo la loro espulsione, essi non cessarono di lavorare alla ricostituzione della loro abbazia. La Corte constata ch'essi agivano sempre in comune, con un pensiero ed uno scopo concorde, l'interesse della congre-

gazione, la quale, ai loro occhi, sussisteva sempre malgrado la soppressione. Non vi era soltanto un vincolo comune fra i religiosi dispersi, come a Floreffe, ma essi tenevano anche, in certi momenti, delle riunioni e prendevano deliberazioni in comune nel loro antico convento. La gerarchia dei gradi era conservata fra di loro: essi avevano un prelato, un priore, un sotto-priore, un dispensiere, un cameriere, dei provveditori, ciascuno dei quali esercitava, per quanto le circostanze lo permettevano, le funzioni inerenti al proprio grado. Per tutto ciò non si poteva supporre, come a Floreffe, che l'acquirente in proprio nome avesse ricevuto i beni per rimetterli alla sua comunità il giorno in cui questa fosse capace di riceverli. I religiosi d'Averbade erano convintissimi che la loro comunità esisteva sempre in diritto e in fatto. In tale stato di cose, l'interposizione di persona si concepisce, e dal momento che l'acquisto si fa per interposta persona, gli eredi di questa non hanno alcun diritto (1).

207. L'incertezza della proprietà solleva un'ultima difficoltà, la più grande di tutte. Se il vero proprietario non agisce, che cosa avviene dei beni? I possessori non sono proprietarii e non possono nemmeno divenirlo colla prescrizione (v. XI, n. 182). Ma il diritto di rivendicazione, al pari di ogni altra azione, si prescrive in trent'anni. Trascorso questo termine, i beni posseduti dalla comunità rimangono senza padrone, e conseguentemente appartengono allo Stato (v. VI, n. 166). Se si ammette che l'editto del 1749 è ancora in vigore, lo Stato potrebbe confiscare i beni acquistati dalle comunità senza aspettare la prescrizione. Qualunque sia l'opinione che si adotta, è urgente mettere fine allo scandalo che deve affliggere tutti coloro i quali si prendono a cuore il mantenimento del diritto e del senso morale. Noi abbiamo, qui ed altrove (2), richiamato la pubblica attenzione sulla lotta fatale delle corporazioni religiose contro le leggi d'ordine pubblico. Non è possibile alcuna società quando la legge non vien rispettata. Ora, la legge è violata tutti i giorni da comunità religiose che hanno la pretesa di praticare la perfezione evangelica; esse vivono di menzogna e d'illegalità. Lo scopo che le congregazioni si prefiggono è altrettanto funesto quanto l'incessante violazione della legge di cui esse si rendono colpevoli. Esse diffondono l'ignoranza e la superstizione, viziano l'intelligenza e il cuore delle nascenti generazioni. Il male è già grande, e va ogni giorno crescendo. È in giuoco l'avvenire del Belgio. Che dirà la storia se il legislatore resta inattivo, quando si distruggono nelle loro fondamenta il diritto e la morale?

(1) Bruxelles, 3 marzo 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 203). Cfr. ORTS, p. 360, n. 307.

(2) Vedi nel mio *Studio sulla Chiesa e lo Stato nel Belgio*, e i miei *Principii*, v. XVI, n. 65, e v. XI, nn. 165-168.

CAPO II.

Delle diverse specie di società.

SEZIONE I. — Delle società civili e commerciali.

208. Le società sono civili o commerciali. Questa divisione è stabilita implicitamente dal codice civile. L'art. 1873 dispone: « Le disposizioni del presente titolo non si applicano alle società di commercio che in quei casi i quali non sono in verun modo contrarii alle leggi ed agli usi commerciali ». Al contrario, vi sono regole del diritto commerciale che non si applicano alle società civili. Importa dunque determinare i caratteri che le distinguono.

§ I. — *Principio.*

209. La legge del 18 maggio 1873, che sostituisce il titolo IX del libro I del codice di commercio, definisce per società commerciali quelle che hanno per oggetto gli atti di commercio. Che cosa s'intende per atti di commercio? La quistione è estranea al nostro lavoro. Noi ci limitiamo a trascrivere l'art. 632 del codice di commercio, che è la sede della materia: « La legge reputa atti di commercio ogni acquisto di derrate e mercanzie per rivenderle, sia in natura, sia dopo averle lavorate e messe in opera, od anche per concederne semplicemente l'uso. Ogni impresa manifatturiera, di commissioni, di trasporti per terra o per acqua, ogni impresa di forniture, d'agenzie, d'uffici d'affari, di vendite all'incanto, di spettacoli pubblici, ogni operazione di cambio, banca e mediazione, tutte le operazioni di banche pubbliche, ogni obbligazione fra negozianti e banchieri, fra qualsivoglia persona, le lettere di cambio, o le rimesse di denaro fatte da piazza a piazza ». Questa disposizione dà luogo a numerose difficoltà. Le sole che ci interessano sono quelle che riguardano gli atti civili di cui si occupano le società civili e che servono a distinguerle dalle società commerciali, le quali hanno per oggetto atti di commercio. Anzitutto dobbiamo mostrare quale è l'interesse della questione, esponendo le principali differenze che intercedono fra le due specie di società.

210. Ne abbiamo già indicato una che è considerevole. Le società di commercio propriamente dette costituiscono una individualità giuridica distinta da quella dei soci (sono questi i termini della legge del 18 maggio 1873), mentre la legge non riconosce alcuna individualità giuridica alle associazioni commerciali momentanee ed alle associazioni commerciali in partecipazione, nè, per conseguenza, alle società civili. Rimandiamo a quanto si è detto più sopra sulle importanti conseguenze che derivano da tale distinzione (n. 182).

211. Le società civili sono contratti non solenni: esse si formano col solo consenso, e si provano secondo il diritto comune (nn. 170-180). Non così accade delle società di commercio. La legge del 18 maggio 1873 distingue. Le associazioni momentanee e le associazioni in partecipazione non sono soggette ad alcuna condizione di forma, e si provano secondo le regole del diritto commerciale. Le società anonime e le società in accomandita per azioni sono contratti solenni, nel senso che devono essere costituite con atti autentici, sotto pena di nullità. Anche le società in nome collettivo, le società in accomandita semplice e le società cooperative devono essere costituite da un atto, sotto pena di nullità, ma la legge si contenta d'una scrittura privata redatta conformemente all'art. 1325. La solennità ha un carattere particolare in materia di società commerciali. Essa è richiesta, non per l'esistenza, ma soltanto per la validità del contratto. Anche se le forme prescritte dalla legge non siano state osservate, la società non cessa di esistere. I soci non possono opporre la nullità ai terzi, e anche fra loro la società esiste fino a che sia stata pronunciata la nullità, e quando la società è annullata, l'annullamento non ha effetto che a partire dalla domanda (articoli 4 e 5).

Gli atti che la legge prescrive per la validità delle società di commercio devono inoltre essere pubblicati sul *Monitore.* Gli atti delle società anonime, delle società in accomandita per azioni e delle società cooperative sono pubblicati integralmente, gli atti delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice sono pubblicati per estratto. Rimandiamo per i dettagli alla legge del 18 maggio 1873 (articoli 6-10). La pubblicità non è prescritta sotto pena di nullità; essa è stabilita nell'interesse dei terzi che contrattano colla società. Per conseguenza, i soci non possono opporre ai terzi il loro contratto finchè non sia stato pubblicato, ma i soci non possono invocare la mancanza della pubblicazione contro i terzi. Inoltre le società non possono stare in giudizio finchè l'atto non fu reso pubblico. Infine, la legge sottopone ad una multa da cinquanta a cinquemila lire gli atti non depositati nel termine ch'essa prescrive (art. 11). Queste solennità e queste forme di pubblicità stabiliscono una differenza considerevole fra le società civili e le società commerciali. Diremo più avanti se le società civili possono trasformarsi in società commerciali, adempiendo

le formalità che la legge stabilisce per le società di commercio.

212. Nelle società di commercio i soci sono, in generale, tenuti solidariamente ai debiti contratti dalla società. La legge del 18 maggio 1873 contiene a questo riguardo le seguenti disposizioni:

« I soci in nome collettivo sono solidali per tutte le obbligazioni della società, ancorchè un solo dei soci abbia firmato, purchè l'abbia fatto sotto la ragione sociale » (art. 17).

« Nella società in accomandita semplice, i soci accomandatarii sono responsabili solidariamente. I soci accomandanti, semplici locatori di fondi, non sono tenuti ai debiti della società che fino a concorrenza dei fondi che hanno promesso di apportarvi, a condizione di rimanere estranei ad ogni gestione (articoli 18, 21 e 22). Se intervengono negli affari sociali, sono responsabili solidariamente » (art. 23).

« È lo stesso nella società in accomandita per azioni, quella, cioè, che viene contratta da uno o più soci responsabili e solidali con azionisti i quali non impegnano che una determinata quota » (art. 74).

« Quando l'associazione è momentanea, i soci sono tenuti solidariamente verso i terzi coi quali contrattano » (art. 108).

« Nelle società cooperative, i soci possono obbligarsi solidariamente o separatamente, indefinitamente o fino a concorrenza d'un dato valore » (art. 86).

« La società anonima è quella nella quale i soci non impegnano che una determinata quota » (art. 26).

Nelle società civili, i soci non sono obbligati solidariamente per i debiti sociali; per principio essi sono obbligati ciascuno per una parte virile, vale a dire divisa (art. 1862). Così, nelle società civili, la condizione dei soci è meno onerosa e i creditori hanno minori garanzie. Al contrario, nelle società di commercio i terzi corrono maggiori rischi, poichè, avendo queste società per oggetto la speculazione, i fallimenti vengono ben di sovente a compromettere gli interessi dei terzi del pari che quelli dei locatori di fondi.

213. Ogni commerciante che cessa i suoi pagamenti e il cui credito si trova scosso è in istato di fallimento (legge del 18 aprile 1851, art. 437). Il fallimento viene dichiarato con sentenza del tribunale di commercio, pronunciata, sia sulla domanda del fallito, sia a richiesta d'un creditore, sia d'ufficio (art. 42).

I debitori non commercianti non possono dichiararsi falliti. Ne risultano conseguenze importantissime. Il debitore civile che è insolvente conserva la libera amministrazione e la disposizione del suo patrimonio, mentre il fallito è privato dell'amministrazione di tutti i suoi beni, e tutti gli atti da lui posti in essere dopo la sentenza dichiarativa di fallimento sono nulli di diritto.

Accade lo stesso delle società. Le società civili non possono essere dichiarate in istato fallimento; esse sono soggette ai principii che reggono l'insolvenza. Le società commerciali possono essere dichiarate in fallimento. La legge del 18 aprile 1851, che ha sostituito il libro III del codice di commercio, contiene parecchie disposizioni a questo riguardo. Ci limitiamo a citarne una. Ogni fallito è tenuto, entro i tre giorni dalla cessazione dei pagamenti, a farne la dichiarazione nella cancelleria del tribunale di commercio. In caso di fallimento d'una società in nome collettivo, la dichiarazione deve contenere i nomi dei soci solidali. Quando è dichiarata fallita una società anonima, si procede contro i gerenti (art. 440).

214. Secondo il codice di commercio (art. 51), ogni contestazione fra soci, e per ragione della società, doveva essere giudicata da arbitri. L'arbitrato coattivo non è stato mantenuto dalla legge del 18 maggio 1873, e quindi le società commerciali restano sotto l'impero del diritto comune per quanto riguarda la competenza. A termini dell'art. 631 del codice di commercio, « i tribunali di commercio conosceranno: 1.° di ogni contestazione relativa alle obbligazioni e transazioni fra negozianti, mercanti e banchieri; 2.° fra ogni persona, delle contestazioni relative agli atti di commercio ». Le contestazioni fra soci sono dunque di competenza dei giudici consolari, mentre le cause della stessa natura, in materia di società civile, sono soggette ai tribunali ordinarii. I tribunali di commercio sono incompetenti in questo caso. È stato giudicato che l'incompetenza può essere opposta in qualunque stato della causa, anche quando la parte che solleva questa eccezione avesse consentito davanti il tribunale di commercio ad un arbitrato (1).

Il codice di procedura traccia delle regole particolari per la citazione delle società commerciali. A termini dell'art. 69, le società di commercio sono citate nella loro sede sociale, e se non l'hanno, nella persona o al domicilio di uno dei soci (articolo 69, 6.°). Questa disposizione suppone che le società commerciali costituiscono persone morali, e quindi è inapplicabile alle società civili. Le società civili non possono essere citate come tali, poichè non hanno personalità distinta da quella dei soci. Sono i soci che costituiscono la società, e quindi bisogna, come dice la Corte di Bruxelles, che l'attore citi ciascuno degli individui che, riuniti, formano la società (2).

215. La società civile finisce colla morte di uno dei soci (art. 1865, 3.°). Questa regola non è applicabile alla società anonima nè alla società in accomandita per azioni. Esse sopravvivono alla morte del socio azionista o accomandante.

---

(1) Nimes, 27 maggio 1851 (DALLOZ, 1854, 2, 43).
(2) Bruxelles, 16 aprile 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 263).

Quando l'art. 1865, 3.°, è applicabile alle società di commercio? La questione appartiene al diritto commerciale.

216. La legge del 18 maggio 1873 stabilisce una prescrizione speciale di cinque anni a favore dei soci. Trascriviamo l'art. 127:

« Sono prescritte in cinque anni:

« Tutte le azioni contro i soci od azionisti, a partire dalla pubblicazione sia del loro ritiro dalla società, sia d'un atto di scioglimento della società, o a partire dal suo termine contrattuale ».

« Ogni azione di terzi per ripetizione di dividendi indebitamente distribuiti a partire dalla distribuzione ».

« Tutte le azioni contro i liquidatori, in tale qualità, a partire dalla chiusura della liquidazione pubblicata nel *Monitore* ».

« Tutte le azioni contro i gerenti, amministratori, commissarii, liquidatori, per fatti del loro mandato, a partire da questi fatti. Però l'azione individuale degli azionisti, nel caso in cui l'assemblea generale abbia approvato l'azione sociale, dovrà essere intentata entro l'anno a partire da questa approvazione » (1).

I soci nelle società civili, come pure gli amministratori, restano sotto l'impero del diritto comune, e quindi non sono liberati che colla prescrizione generale di trent'anni.

§ II. — *Le società civili possono essere trasformate in società di commercio?*

217. La questione, posta in questi termini assoluti, non ha senso. Senza dubbio le parti godono d'una completa libertà nelle loro convenzioni, ma non possono l'impossibile. Ora, sarebbe volere l'impossibile il convenire che una società la quale per sua natura è civile, sarà una società commerciale. Infatti, la legge definisce le società di commercio, che sono quelle che hanno per oggetto atti di commercio (n. 209), e la legge stabilisce anche quali atti sono commerciali. Dire che le parti possono dichiarare commerciale una società che ha per oggetto atti civili sarebbe quanto dire che dipende da esse il cambiare la natura legale degli atti, di modo che un atto civile diverrebbe un atto di commercio. Ciò equivarrebbe a sostituirsi al legislatore, poichè ne risulterebbe che vi hanno altri atti di commercio oltre quelli cui la legge dà questa qualifica. Si dirà che le leggi commerciali, al pari delle leggi civili, non riguardano che

---

(1) Bisogna consultare, sulle società di commercio, l'eccellente opera di M. NAMUR, *Il codice di commercio belga*, t. II (1876).

l'interesse privato. Ora, le parti possono sempre derogare a queste leggi, a meno che non si tratti di disposizioni concernenti l'ordine pubblico ed i buoni costumi. Il principio è incontestabile, ma esso prova che la libertà delle parti contraenti non è assoluta. Bisogna dunque vedere quali sarebbero le conseguenze della convenzione che trasformasse una società civile in società di commercio. Se queste conseguenze toccano l'ordine pubblico, nel senso largo della parola, sarà per ciò stesso deciso che la convenzione è inefficace. Ora, il carattere commerciale della società importa conseguenze che sono essenzialmente d'interesse sociale.

Le società di commercio sono persone civili (nn. 181-182). Se dunque le parti contraenti potessero trasformare una società civile in società commerciale, ne risulterebbe che dipenderebbe dai privati il creare una persona fittizia. Noi domandiamo se è questa una questione d'interesse privato. La tradizione ed i principii rispondono che la personificazione civile è di diritto pubblico.

Le società commerciali sono soggette ad una giurisdizione particolare e quindi eccezionale. Spetta ai privati cambiare l'ordine delle giurisdizioni, sottoponendo ai giudici consolari contestazioni di cui la legge riserva la cognizione ai giudici civili? Invano dichiarerebbero essere atto di commercio ciò che, per sua natura, è un atto civile; esse non possono dare ai giudici consolari la capacità giuridica che loro manca. È il caso di dire ch'esse non possono l'impossibile.

Le società di commercio possono essere dichiarate fallite, mentre non si può dichiarare fallita una società civile. Ma spetta forse alle parti interessate applicare le regole del fallimento a società, che non sono, per loro natura, giudicabili dai tribunali di commercio? Porre la questione è risolverla.

La legge stabilisce una prescrizione speciale in favore dei soci commerciali. Spetta a soci civili sottrarsi alla prescrizione di diritto comune, dichiarando la loro società commerciale, mentre in realtà non lo è? La prescrizione è forse regolata dalla volontà delle parti contraenti?

Tutte le questioni che abbiamo poste devono essere risolte negativamente. È dunque assodato che il carattere commerciale d'una società ha conseguenze che non dipendono dalla volontà delle parti contraenti, perchè sono d'ordine pubblico, e quindi le parti non hanno il diritto di trasformare una società civile in società di commercio (1).

218. Dovrà dirsi per questo che le società civili non possono togliere alla legge commerciale nessuno degli effetti che carat-

---

(1) Cfr., in senso contrario, PONT, p. 86, nn. 119 e 120, e gli autori che cita, TROPLONG, DELONGLE e BÉDARRIDE.

terizzano la società commerciale? Sarebbe troppo, perchè non tutti questi effetti sono d'ordine pubblico. Ve ne hanno di quelli che sono d'interesse privato e che, per conseguenza, restano nel dominio delle parti contraenti. Tale è la solidarietà a cui sono tenuti i soci nella maggior parte delle società di commercio. Nulla impedisce ai membri d'una società civile di stipulare ch'essi saranno obbligati solidariamente pei debiti sociali. Essi non fanno che usare del diritto comune, poichè la solidarietà, per principio, è convenzionale.

.La questione diviene più dubbia quando i soci restringono la responsabilità alla quale sono sottoposti secondo il diritto civile. Nelle società civili il socio è indefinitamente responsabile nei limiti determinati dalla legge, mentre, nella società in accomandita, l'accomandante non è tenuto ai debiti che fino a concorrenza del suo contributo. Di qui un dubbio sul punto di sapere se una società civile può costituirsi in accomandita. S'insegna l'affermativa, ed a ragione, ci pare. Si suppone, ben inteso, che, adottando la forma di accomandita, i soci abbiano adempito le condizioni di pubblicità che la legge prescrive nell'interesse dei terzi. La pubblicità risponde all'obbiezione che si può sollevare nell'interesse di coloro che contrattano colla società. Essi sono avvertiti e contrattano con cognizione di causa. Ora, le parti possono regolare la loro responsabilità come meglio credono. È una questione d'interesse privato.

Vi ha maggior dubbio sul punto di sapere se il solo fatto d'emettere azioni al portatore costituisca un atto di commercio. Se si ammette l'affermativa, la società civile in accomandita con azioni sarà necessariamente una società commerciale. Non entriamo in questa quistione, perchè è estranea al nostro lavoro (1).

219. La questione che discutiamo si presenta ordinariamente nei termini seguenti: Le società civili possono essere costituite nella forma delle società commerciali, e quali saranno le conseguenze dell'adozione di tali forme? Si è insegnato ed è stato giudicato che i soci i quali adottano le forme d'una società commerciale creano per ciò stesso una società di commercio. Secondo questa opinione, le forme prescritte dalla legge del 18 maggio 1873 sono incompatibili col carattere civile della società, di modo che la società, civile per sua natura, diviene una società di commercio per ciò solo che è stata contratta nelle forme di una società anonima od in accomandita. È inutile che ci soffermiamo su questa opinione, perchè non è prevalsa. Sotto l'impero del codice di commercio che richiedeva l'autoriz-

(1) Vedi, in senso diverso, PONT, p. 91, n. 122, e gli autori che cita, VINCENT e DELONGLE. La giurisprudenza ammette che la sottoscrizione d'azioni in accomandita assoggetta il sottoscrittore alla giurisdizione commerciale (PONT, p. 92, nota 1).

zazione del Governo per la formazione d'una società anonima, questa autorizzazione era accordata alle società puramente civili, per la ragione che nessuna legge proibisce alle società civili di costituirsi in società anonima. La legge dispone bensì che le società di commercio non possano costituirsi se non sotto le condizioni di forma ch'essa prescrive, ma non vieta alle società civili d'assumere questa forma. A noi pare che non vi sia alcun dubbio al riguardo, dal momento che si tratta di semplici formalità. Certo nulla impedisce ai soci di stendere le loro convenzioni per atto autentico: essi non fanno che usare del diritto comune. Resta a sapere quali saranno gli effetti delle società che assumono le forme della legge commerciale.

220. Giusta quanto abbiamo detto più sopra (n. 217), le società civili non possono essere trasformate in società commerciali per volontà delle parti contraenti. Ne consegue ch'esse non diverranno società di commercio pel fatto che le parti abbiano osservato le forme prescritte dalla legge del 18 maggio 1873. Questa legge lo dice espressamente per quanto riguada le società carbonifere: « Le società il cui oggetto è l'esercizio delle miniere possono, senza perdere il loro carattere civile, assumere le forme delle società commerciali, assoggettandosi alle disposizioni del presente titolo » (art. 136). Ciò che la legge dice delle società carbonifere deve applicarsi a tutte le società civili. Si potrebbe dare un' altra interpretazione a questa disposizione ed indurne o che le società civili, in generale, non possono costituirsi sotto la forma commerciale, o che, se assumono tale forma, diverranno società di commercio. Sarebbe un'argomentazione tratta dal silenzio della legge, la quale non è ammissibile quando viene a trovarsi in opposizione coi principii. Ora, in forza dei principii generali, bisogna decidere, anzitutto, che le società civili possono assumere le forme della società di commercio, e poscia che l'adozione di queste forme non fa loro perdere il loro carattere civile.

La giurisprudenza francese è in questo senso. Essa ammette, da una parte, che le società civili possono essere costituite sotto la forma anonima, e decide, dall'altra, che l'adozione di tale forma non ha l' effetto d' imprimere ad una società puramente civile pel suo oggetto il carattere commerciale. « Il carattere civile o commerciale, dice la Corte di cassazione, dipende dall'oggetto della società, e non dalla forma che è piaciuto alle parti di darle e, specialmente, il carattere anonimo, anzichè implicare necessariamente una società commerciale, si concilia, al contrario, colla società civile » (1). La Corte ha

(1) Rigetto, 27 marzo 1866 (Dalloz, 1866, 1, 428). Cfr. le sentenze e gli autori citati in nota alla raccolta. Bisogna aggiungere Parigi, 17 agosto 1868 (Dalloz, 1868, 2, 192), due sentenze di rigetto del 18 dicembre 1871, ed una sentenza di cassazione del 26 febbraio 1872 (Dalloz, 1872, 1, 9).

giudicato così anche nel caso in cui le parti hanno usato una forma che, come quella della società a responsabilità limitata, è specialmente attribuita alle società commerciali dalla legge francese del 23 maggio 1863 (art. 1). La Corte dice benissimo che l'uso che le parti fanno d'una forma commerciale non può avere per effetto di cambiare la natura e l'oggetto della società (1).

221. Secondo la nostra opinione, le società civili possono trarre dalla legge commerciale le regole ed i caratteri che non riguardano l'ordine pubblico. Il principio è incontestabile, ma l'applicazione dà sempre luogo a difficoltà per l'incertezza che domina intorno al valore delle parole *ordine pubblico*. Si domanda anzitutto se le società civili diventano persone morali quando si costituiscono nelle forme e coi caratteri di una delle società di commercio riconosciute dalla legge del 18 maggio 1873. Gli autori francesi, anche quelli i quali non ammettono che le società civili godano della personificazione, insegnano l'affermativa (2).

A nostro avviso, la questione è decisa in senso contrario dalla legge belga del 18 maggio 1873. L'art. 2 dispone che la legge riconosce cinque specie di società commerciali, e soggiunge che ciascuna di esse costituisce una individualità giuridica distinta da quella dei soci. È dunque la legge la quale dichiara che certe società formano una persona civile, ossia le società *commerciali* enumerate dall'art. 2. Ora, le società civili non diventano società di commercio, sebbene prendano il nome e si costituiscano nelle forme e sotto le condizioni determinate dalla legge commerciale. Ciò decide la questione. L'art. 3 conferma questa dottrina: « Vi hanno, inoltre, associazioni commerciali momentanee e associazioni commerciali in partecipazione alle quali *la legge non riconosce alcuna individualità giuridica* ». E' quanto dire che la *legge sola* può accordare la personificazione. Essa permette ai privati di formare una persona civile, costituendo una di quelle società commerciali alle quali la legge annette questo carattere, ma non consente loro di formare una persona morale formando una società civile. Questo è decisivo, perchè non vi ha personificazione senza legge (3).

222. Le società civili costituite sotto il nome d'una società commerciale, colle forme e le condizioni determinate dalla legge del 1873, sono soggette alla giurisdizione dei tribunali di commercio? Abbiamo già risposto alla questione (n. 218).

---

(1) Cassazione 31 luglio 1873 (DALLOZ, 1874, 1, 127). La giurisprudenza è costante in questo senso. Digione, 1.° aprile 1874 (DALLOZ, 1875, 2, 81), Bruxelles, 12 agosto 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 177).

(2) AUBRY e RAU, t. I, p. 188, note 20-22, e pag. 189, nota 28, § 54. Cfr. la giurisprudenza nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Sociétés*, nn. 239, 145.

(3) Cfr. sentenza del tribunale di Bruxelles del 26 dicembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 190).

La giurisdizione è d'ordine pubblico, la legge la determina a seconda della qualità delle persone o della natura degli atti. Ora, le persone non commercianti che costituiscono una società cicile non diventano commercianti prendendo dalla legge commerciale le forme d'una società di commercio: gli atti della società restano atti civili, e quindi non possono essere sottoposti alla giurisdizione consolare. La giurisprudenza è in questo senso (1), nè vi vediamo dubbio di sorta.

223. Quando la società è commerciale, le citazioni e le notifiche che la riguardano sono fatte alla sede sociale. Gli è lo stesso delle società civili costituite commercialmente? No, secondo noi, perchè l'art. 69, 6.°, del codice di procedura è una conseguenza della personificazione delle società di commercio (n. 182). Ora, le società civili non cambiano natura quando sono costituite sotto il nome d'una società commerciale. Ciò ne sembra decisivo. La giurisprudenza è contraria. Siccome la questione riguarda la procedura, rimandiamo alla giurisprudenza (2).

224. La prescrizione eccezionale che la legge del 18 maggio 1873 stabilisce in favore delle società commerciali non è applicabile alle società civili costituite sotto il nome d'una società di commercio. Ciò ne pare indiscutibile (n. 218). Non così delle deroghe al diritto comune concernente l'estinzione delle obbligazioni contratte dai soci nelle società di commercio. I membri delle società civili sono liberi di obbligarsi solidariamente, il che non pensiamo nemmeno che possa essere contestato. Nelle società anonime e nelle accomandite la deroga è in senso inverso. Le società anonime sono associazioni di capitali, mentre le società civili sono associazioni di persone. Nelle prime i soci non obbligano che una determinata quota; nelle altre si obbligano personalmente, ed ogni obbligazione personale è indefinita. Ne consegue che i terzi i quali contrattano con una società civile, costituita sotto il nome d'una società anonima, non hanno le garanzie di cui godono secondo il codice civile. È ciò che ha indotto menti insigni a contestare alle società civili il diritto di togliere dalla legge commerciale il nome e gli effetti della società anonima. Abbiamo detto più sopra che l'argomento non è decisivo (n. 218). L'estinzione delle obbligazioni che una persona contrae è d'interesse privato, e quindi bisogna attenersi al principio della libertà che la legge civile assicura alle parti contraenti. L'art. 1863, come tutte le disposizioni in materia di contratto, non fa che presumere l'intenzione delle parti, ma non vieta loro di manifestare una volontà contraria.

---

(1) Vedi le sentenze della Corte di cassazione citate più sopra, n. 220, p. 177, note 1 e 2.

(2) Gand, 10 luglio 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 386).

§ IV. — *Applicazioni.*

225. La vendita che il proprietario fa dei prodotti del suo fondo non è un atto di commercio (Cod. di comm., art. 638). Sarebbe lo stesso anche quando il proprietario facesse subire una trasformazione ai suoi prodotti prima di darli al consumo. Ne consegue che, se il proprietario costituisce una società per la vendita dei prodotti del suo fondo, la società è civile. La questione si è presentata, davanti la Corte di cassazione, nel caso seguente. Lo Stato è proprietario delle acque di Plombières. Distribuendo queste acque, lo Stato non faceva atto di commercio, poichè vendeva i prodotti d'un fondo di cui aveva la proprietà. Quando lo Stato concesse le acque di Plombières ad una compagnia, i concessionarii continuarono l'esercizio nelle condizioni in cui l'avevano ricevuto. Dunque la società era civile. Il ricorso obbiettava che, indipendentemente dalla vendita dei prodotti naturali del fondo, l'esercizio comprendeva la costruzione e l'avviamento di locande; il che costituisce un atto di commercio. La Corte risponde che la sentenza impugnata constata che le locande non erano state costrutte in vista d'una speculazione commerciale, ma nell'unico scopo d'ingrandire lo stabilimento termale, di cui non erano che l'accessorio. Inoltre la compagnia non le aveva mai esercitate direttamente. Nel momento stesso che le furono date dagli intraprenditori essa le aveva consegnate ad un affittuario. La Corte conchiude che la compagnia aveva un esercizio civile, che la rendeva giudicabile dai tribunali civili, ad esclusione dei tribunali di commercio (1).

Si è presentato un altro caso sul quale vi ha dubbio. La compagnia generale delle acque di Parigi vende e distribuisce per conto della città le acque di cui questa è proprietaria. Il tribunale di commercio della Senna giudicò che questa compagnia è una società commerciale, perchè le convenzioni intervenute fra essa e la città di Parigi si traducono in un guadagno sulla vendita delle acque. In appello, la decisione venne riformata. La Corte dice che la società è puramente civile per il suo titolo, per il suo carattere e per lo scopo delle sue operazioni. Sul ricorso, la Corte di cassazione mantenne questa disposizione della sentenza impugnata. La città di Parigi, dice la Corte, non avrebbe fatto atto di com-

---

(1) Rigetto, 17 marzo 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 428). Cfr. rigetto, 12 maggio 1875 (DALLOZ, 1876, 1, 320). Per la società anonima delle Terme d'Enghien è stato giudicato il contrario in circostanze diverse, Parigi, 4 febbraio 1875 (DALLOZ, 1876, 2, 185).

mercio vendendo le acque di cui è proprietaria, e quindi anche la compagnia che vende le acque per conto della città non fa atto di commercio (1). Non è ciò troppo assoluto? Il proprietario d'una vigna non fa atto di commercio vendendo i prodotti del suo fondo. Ma si può dire che colui il quale compera i vini per rivenderli non faccia atto di commercio? Tutto dipende dalla natura delle convenzioni intervenute fra le parti. Se la società non è affittuaria, rimane civile, se acquista per rivendere, è commerciale.

Che dovrebbe dirsi se la compagnia fosse concessionaria? Abbiamo detto altrove che l'atto di concessione dà al concessionario un diritto che ha analogia colla proprietà, senza essere un diritto di dominio (v. VI, nn. 29-35). Quando lo Stato concede una presa d'acqua su fiumi, non vi ha dubbio. La società è surrogata al diritto del Governo durante il tempo della concessione. Essa dunque non è proprietaria, non acquista per rivendere. Prendendo il posto dello Stato, il suo diritto è quello dello Stato, vale a dire ch'essa non fa atto di commercio (2).

226. Per applicazione dello stesso principio, è stato giudicato che la società costituita per l'esercizio d'una miniera costituisce una società civile. La soluzione era pregiudicata dai lavori preparatorii della legge del 21 aprile 1810, specialmente dalle osservazioni della commissione del corpo legislativo, che sostituiva il Tribunato. Il progetto del Governo recava: « L'esercizio delle miniere non sarà considerato come un commercio soggetto o patente ». La commissione propose la redazione che è divenuta l'art. 32. Esso è così concepito: « L'esercizio delle miniere non è considerato come un commercio, e non va soggetto a patente ». « Questa redazione, dice la commissione, farà cessare le controversie che sorgono frequentemente sulla questione di sapere se le società che esercitano una miniera entrano nella competenza dei tribunali di commercio. La miniera essendo una proprietà fondiaria, il privato o la società che la esercita fa fruttare il suo fondo, e nulla di più. Bisogna dunque dire chiaramente che non vi ha luogo a tradurla davanti i tribunali di commercio ». Poco importa che la miniera sia concessa, perchè, secondo il sistema della legge del 1810, la concessione d'una miniera crea una proprietà particolare, distinta dalla superficie. Vi ha dunque sempre esercizio d'una proprietà, e, quindi, atto civile e società civile (3).

Però è stato giudicato che una società per l'esercizio d'una miniera diviene una società di commercio quando all'esercizio della miniera viene ad aggiungersi una industria che trasforma

(1) Cassazione, 16 giugno 1874 (Dalloz, 1874, 1, 445).
(2) Cassazione, 24 luglio 1873 (Dalloz, 1874, 1, 127).
(3) Vedi le sentenze citate da Pont, p. 78, nota 2.

i prodotti naturali della miniera stessa con mezzi (sono le parole della sentenza) tratti dal di fuori. Quest'ultima circostanza è decisiva, perchè ne risulta che vi ha acquisto di cose mobili per rivenderle dopo la fabbricazione. La società non poteva limitarsi alle sole risorse che le fornivano le sue miniere; essa era obbligata ad acquistare, in gran quantità, potenti acidi e reagenti che, combinati nei propri forni e lambicchi col minerale che estraeva dai suoi terreni, producevano i diversi oggetti che metteva in vendita. La Corte ne conchiuse che la società faceva atti di commercio, poichè comperava per rivendere, e quindi non si poteva confonderla col proprietario che vende i prodotti della sua terra. La conseguenza era ch'essa doveva essere citata davanti il tribunale di commercio (1).

227. Che dovrà dirsi se la società si forma per la ricerca della miniera? Si distingue. Se i soci hanno per scopo d'ottenere la concessione della miniera, la società rientra nei termini della legge del 1810, ed è civile. Infatti, per esercitare la miniera, bisogna cominciare col fare i lavori preparatorii, e quindi questi lavori si confondono coll'esercizio e partecipano del carattere che la legge gli attribuisce. La Corte di Rouen ha giudicato così in un caso in cui i lavori di scandaglio non condussero alla scoperta del carbon fossile che si cercava. Si trovò un'acqua salsa e malsana che, scaturendo con gran forza, si sparse sui terreni vicini. Di qui un'azione per danni ed interessi contro i soci. È stato giudicato che ogni sottoscrittore di fondi era tenuto alla perdita, proporzionalmente alla sua quota, secondo il diritto comune delle società civili (2).

Se la società avesse unicamente per iscopo di fare le ricerche necessarie alla scoperta della miniera, senza pretendere di ottenerne la concessione, sarebbe un'agenzia che la legge colloca fra le imprese commerciali, e quindi la società sarebbe una società di commercio (3).

228. Le società formate per acquistare immobili, allo scopo di rivenderli o di locarli, sono società civili? Stando all'art. 632 del codice di commercio, l'affermativa non è dubbia, poichè la legge non reputa atto di commercio che l'acquisto di derrate e mercanzie per rivenderle. Si obbietta che la legge non è limitativa e che gli immobili possono essere e sono realmente oggetto di speculazioni simili a quelle che si fanno sugli effetti mobiliari. La risposta è facile e perentoria. Non soltanto il testo, ma anche lo spirito della legge si oppone a che si assimilino gli immobili alle mercanzie. La differenza è stata egregiamente stabilita in una relazione dal consigliere Mesnard.

---

(1) Colmar, 4 giugno 1862 (Dalloz, 1862, 2, 163). Digione, 1.° aprile 1874 (Dalloz, 1875, 2, 81).

(2) Rouen, 19 agosto 1857 (Dalloz, 1857, 2, 183).

(3) Pont, t. VII, p. 79, n. 110.

Perchè una cosa sia reputata mercanzia, non basta che sia suscettibile d'acquisto e di vendita, ma occorre inoltre che la trasmissione da mano a mano sia pronta e facile e che, per sua natura, si presti, mercè un prezzo corrente abitualmente determinato, al traffico ed ai rapidi movimenti della speculazione. Ora, di tutte queste condizioni, facilità di trasmissione, valore venale abitualmente determinato da un prezzo corrente, semplicità di transazioni, rapidità dei cambi e del consumo, nessuna può convenire agli immobili. La loro trasmissione è difficile od irta di formalità nell'interesse dei terzi; occorrono atti autentici, la trascrizione, la purgazione. Come mai cose di spostamento così lento e complicato potrebbero prestarsi ai procedimenti semplici e rapidi della speculazione commerciale? E come sottoporre ai giudici consolari contestazioni che danno luogo a lunghe procedure ed esigono una cognizione profonda di tutte le parti della legislazione civile? La dottrina e la giurisprudenza si sono pronunciate per questa opinione (1).

I proprietarii d'un teatro, distrutto in parte da un incendio, si riuniscono per farlo ricostruire e metterlo in società per trent'anni, allo scopo di locarlo, di percepirne e dividerne le pigioni secondo il diritto di ciascuno. Era detto nell'atto che la società assumerebbe la forma dell'anonima e che il fondo sociale sarebbe diviso in cento azioni. In apparenza, era una società anonima, in realtà, la società era civile. Il fondo sociale si componeva unicamente dell'immobile che i soci possedevano in comune, i guadagni consistevano nei frutti civili ch'esso produceva, le azioni non erano che la rappresentazione del diritto di proprietà dei soci. Queste azioni formano dunque diritti immobiliari, trasmettendosi nella forma ordinaria della vendita d'immobili. La Corte di Bordeaux conchiuse che la società non aveva alcun carattere commerciale nè industriale, ch'essa era puramente civile (2).

È stato giudicato, in applicazione di questi principii, che simili società non erano soggette alla giurisdizione dei tribunali di commercio e che non potevano essere dichiarate in fallimento (3). La Corte di Bruxelles ha dedotto un'altra conseguenza dal medesimo principio, cioè che la società la quale ha per oggetto l'acquisto e la rivendita di terreni per costruzioni non costituisce una persona civile, e quindi i beni immobili che compongono il fondo sociale appartengono ai soci, e se uno di essi vende la sua parte, la vendita è immobiliare e soggetta, come tale, al diritto di trasferimento immobiliare ed a quello di trascrizione (4).

---

(1) Vedi le citazioni nel *Repertorio* di Dalloz, v. *Société*, n. 198, e in Pont, n. 106.

(2) Bordeaux, 4 agosto 1856 (Dalloz, 1857, 2, 77).

(3) Aix, 22 maggio e 27 dicembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 208).

(4) Bruxelles, 21 aprile 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 200), e 10 luglio 1883 (*ibid.* p. 333).

229. La società fondata per la direzione d'una casa d'educazione è una società civile? Vi fu sulla questione qualche esitanza nella giurisprudenza, ma l'opinione generale si è pronunciata per l'affermativa (1). Il progetto di codice di commercio decideva formalmente che la professione di tenutarii di convitti non costituiva un atto di commercio, poichè aveva essenzialmente per oggetto l'istruzione. Se questa disposizione non è stata mantenuta, ciò accadde per un semplice accidente dei lavori preparatorii, ma il pensiero del legislatore non è dubbio. L'art. 632 pone fra gli atti di commercio le imprese di forniture. La Corte di Parigi dice benissimo che il capo d'una casa d'educazione non è un intraprenditore di forniture; il suo scopo principale è l'educazione dei fanciulli che gli vengono affidati, e non la somministrazione degli alimenti ed altri oggetti necessarii agli allievi. In un'altra sentenza la Corte dice che sarebbe un'applicazione falsa ed inammissibile dell'art. 632 il considerare gli acquisti di derrate fatte da un simile stabilimento come un atto di commercio (2). Giustissimo. L'insegnamento è un ministero sociale; lo si dice un sacerdozio. È certo che non vi ha funzione più santa, poichè ha per oggetto di sviluppare le facoltà che Dio concede alle sue creature; essa concorre all'opera del Creatore, perchè, senza l'istruzione che forma la ragione, e senza l'educazione, che illumina la coscienza, gli uomini sarebbero al di sotto del bruto.

SEZIONE II. — Delle società universali e particolari.

230. « Le società sono universali o particolari » (art. 1835). Si legge nell'*Esposizione dei motivi*: « Le società possono essere universali o particolari. Sono universali quando comprendono tutti i beni dei soci, o tutti i guadagni ch'essi possono fare. Sono particolari quando non hanno per oggetto che determinate cose. È la volontà, e la volontà sola delle parti, che regola ciò che deve entrare nella società e che la pone, per conseguenza, nell'una o nell'altra di queste classi ». Le società universali differiscono dunque dalle società particolari quanto al loro oggetto; dal che risultano altre differenze che indicheremo. Salvo queste eccezioni poco numerose, le due specie di società sono rette dagli stessi principii.

---

(1) Vedi le citazioni nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Acte de commerce*, nn. 96-99, ed alla v. *Société*, n. 209.

(2) Parigi, 11 luglio 1829 e 19 marzo 1814.

§ I. — *Delle società universali.*

231. « Si distinguono due sorta di società universali: la società di tutti i beni presenti, e la società universale dei guadagni » (art. 1836). Tutti gli autori osservano che le società universali sono rarissime, se pure se ne trovano ancora. Perchè il legislatore ha mantenuto società che, fin dalla pubblicazione del codice, erano cadute in dissuetudine? Esse esistevano nell'antico diritto sotto il nome di società *taisibles* (n. 170). Il primo progetto di codice civile non aveva conservato che la società dei guadagni. Parecchie Corti reclamarono contro la soppressione della società di tutti i beni. A dire il vero, questa società non veniva soppressa, perchè non si vietava di stipularla. La Corte di Parigi dava una ragione assai singolare per mantenere nel codice la società universale. « Vi hanno persone, essa dice, le quali posseggono così poco che, riunendo tutto il loro avere, presente e futuro, trovano ancora difficilmente di che sostentare la loro debole esistenza. La legge deve prestarsi a tutte le condizioni ». Le società non si contraggono per non morire di fame, ma per realizzare dei guadagni. Le società *taisibles* erano fondate sopra una comunione d'affetto anzichè per uno scopo di speculazione. Ora, la speculazione è dell'essenza della società. E la speculazione è particolare per sua natura; essa si propone un oggetto speciale. Difficilmente si concepisce una società che comprenda tutti gli interessi dei soci. Sarebbe una confusione di beni e di persone che non è nei nostri costumi e che il legislatore non deve favorire. Bisogna agevolare lo sviluppo dell'energia individuale, salvo agli individui ad associarsi per aumentare le loro forze usandole. È quanto dire che le società sono per loro natura particolari (1).

Duvergier dice che lunghe digressioni sulle società universali sarebbero inutili, la materia essendo puramente teorica, per meglio dire, un ricordo d'una tradizione completamente distrutta. Noi saremo più brevi ancora. A qual pro discutere questioni che non si presenteranno mai? Il diritto è un aspetto della vita; la tradizione morta appartiene alla storia.

---

(1) DUVERGIER, p. 129, n. 87. PONT, p. 131, n. 163, e p. 134, nn. 166 e 167.

N. I. — Della società di tutti i beni presenti.

232. La società di tutti i beni presenti è quella per cui le parti pongono in comunione tutti i beni mobili ed immobili ch'esse possiedono attualmente, e gli utili che potranno ricavarne.

« Possono altresì comprendervi tutte le altre specie d'utili, ma i beni che le parti potranno acquistare per successione, donazione o legato, non entrano in questa società se non per essere goduti in comunione. Ogni stipulazione che tenda a rendere comune la proprietà di questi beni è vietata, fuorchè tra i coniugi, e a norma di quanto è stato a loro riguardo stabilito » (art. 1827).

Risulta da quest'ultima disposizione che il codice proibisce la società universale che comprendesse i beni presenti e futuri. Nell'antico diritto la società dei beni presenti e futuri era ammessa. Al Consiglio di Stato Cambacérès e Treilhard proposero di ristabilirla, ma la proposta fu respinta. È dell'essenza della società, dice Bigot-Préameneu, che le cose che vi entrano siano conosciute, salvo l'incertezza dei guadagni o delle perdite. Ora, esse non possono essere conosciute nella società di beni futuri. Nessuno può sapere quali successioni gli perverranno, e sta il principio ch'esse non possono formare oggetto d'alcuna convenzione. I patti successorii sono proibiti. Se la legge li permette fra coniugi, è per favorire il matrimonio. Non vi era alcuna ragione di derogare al diritto comune in materia di società. Le società universali, dice Tronchet, sono vere donazioni. Ora, il legislatore non favorisce le liberalità, anzi le restringe. Berlier lo osserva. Secondo l'art. 943, la donazione tra vivi non può comprendere che i beni presenti del donante. Bisogna dunque interdire la società di beni futuri, che può così facilmente mascherare una liberalità. È questo motivo che determinò la sezione di legislazione a limitare la società universale ai beni presenti (1).

233. Il progetto adottato dal Consiglio di Stato era così concepito: « Ogni stipulazione tendente a farvi entrare la proprietà dei *beni futuri* è nulla ». Questa redazione fu modificata sovra proposta del Tribunato. Si legge nelle Osservazioni della sezione di legislazione: « Con queste parole *beni futuri* non si intese parlare che dei beni provenienti da successione, donazione o legato. Tali beni sono i soli che devono essere esclusi dalla società di tutti i beni presenti. I beni che i soci

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 14 nevoso anno XII (Locré, t. VII, p. 230, nn. 10 e 11). Treilhard, *Esposizione dei motivi*. n. 7 (Locré, p. 242, Boutteville, *Relazione*, n. 6 (Locré, p. 248).

acquistano col prodotto del loro lavoro, del loro guadagno, ed anche quelli che dovessero a fortunati eventi possono entrarvi. In conseguenza, e per evitare il dubbio, si è convenuto di redigere il secondo alinea in questi termini: « La stipulazione tendente a farvi entrare la proprietà di questi beni è nulla per quanto riguarda i beni provenienti da successione, donazione o legato » (1). La redazione definitiva riproduce la proposta del Tribunato in termini più concisi.

234. L'art. 1837 proibisce la stipulazione che tende a far entrare nella società universale la proprietà dei beni che potessero pervenire alle parti da successione, donazione o legato. Benchè la legge non pronunci la nullità di questa stipulazione, è certo che sarebbe nulla, poichè contiene un patto successorio. Si domanda se la nullità della clausola importerà la nullità della società, o se la società sarà mantenuta riducendola ai beni presenti. L'opinione generalmente seguita è che tutto il contratto sia nullo. È l'applicazione del principio stabilito dall'art. 1172: « Qualunque condizione *proibita dalla legge* è nulla e rende nulla la convenzione da essa dipendente ». La stipulazione proibita è una condizione della società, nel senso che le parti non avrebbero contrattato se i beni futuri non entrassero nella società che contraggono. Si scinderebbero dunque le loro convenzioni mantenendo il contratto pur annullando la clausola. Il legislatore non può imporre alle parti un contratto ch'esse non hanno inteso di fare (2).

235. Il primo alinea dell'art. 1837 determina i beni che la società universale comprende di diritto quando le parti stipulano una società di beni presenti. Sono i beni mobili ed immobili ch'esse posseggono attualmente ed i profitti che potranno ritrarne. Che cosa devesi intendere per beni che le parti posseggono *attualmente?* La stessa questione si presenta per la composizione attiva della comunione legale o convenzionale, e quindi si può applicare, per analogia, alla società quanto si è detto al titolo del *Contratto di matrimonio.*

236. Il secondo alinea soggiunge che le parti possono comprendervi anche tutte le altre specie d'utili. Se le parti usano di questa facoltà, la convenzione sarà ad un tempo una società universale di beni presenti ed una società universale di guadagni. Diremo più avanti che cosa comprende quest'ultima società.

Dopo aver detto che le parti possono comprendere ogni sorta di utili nella società di beni presenti, l'art. 1837 soggiunge: « Ma i beni che le parti potranno acquistare per successione, donazione o legato non entrano in questa società se non per

---

(1) Osservazioni del Tribunato, n. 8 (LOCRÉ, t. VII, p. 238).

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 552, nota 3, § 379, e gli autori che citano. Bisogna aggiungere PONT, p. 146, n. 188. In senso contrario, DURANTON e ZACHARIAE.

essere goduti in comunione ». Si domanda se questo godimento vi entra di diritto, o se è necessaria all'uopo una espressa stipulazione. L'opinione generale, salvo il dissenso di Duranton, è che i frutti dei beni futuri non entrano nella società di tutti i beni presenti che in forza d' una clausola espressa. Ciò è conforme alla natura della società di beni presenti. I frutti di beni futuri non sono beni che i soci posseggono attualmente, e quindi non possono entrare di diritto in questa società. Il testo lascia qualche dubbio. La legge non dice che i soci possono comprendere il godimento dei beni futuri nella loro società, ma dice che questi beni non vi entrano se non per essere goduti in comunione, e quindi, dice Duranton, vi entrano. Si risponde che il secondo alinea comincia col dire che la società di beni presenti può comprendere ogni sorta di utili. Se le parti fanno questa stipulazione, si presenta una difficoltà. Per *utili* si devono intendere i frutti dei beni futuri? È questa difficoltà che la legge decide disponendo che la clausola comprende il godimento dei beni futuri (1).

237. La legge non regola che la composizione attiva della società universale di beni; essa non dice nulla del passivo. Bisogna applicare, per analogia, i principii che reggono la comunione. La comunione legale comprende i mobili presenti e i debiti mobiliari anteriori al matrimonio, e quando i coniugi vi fanno entrare i loro immobili presenti, comprende tutti i debiti, mobiliari o immobiliari, di cui i coniugi erano gravati al momento della celebrazione del matrimonio. È lo stesso della società di beni presenti, che somiglia, per quanto riguarda la composizione attiva e passiva, alla comunione universale di beni presenti (2).

Che dovrà dirsi dei debiti contratti durante la società? Qui l'analogia fra la società e la convenzione coniugale manca. Le obbligazioni contratte dai coniugi in comunione di beni sono rette da principii affatto speciali. Siccome la legge non si spiega sulle obbligazioni dei soci, bisogna dire ch'esse restano sotto l'impero del diritto comune, vale a dire che si applicano alla società universale le regole che il codice stabilisce sui diritti e le obbligazioni dei soci. Il socio non obbliga la società che quando ha contrattato entro il limite dei suoi poteri, e se ha agito senza poteri, la società non sarà obbligata se non in quanto abbia tratto profitto dall'obbligazione (3).

Quando la società comprende tutti gli utili, e, per conseguenza, i frutti dei beni futuri, deve sopportare i debiti che riguardano questi beni e questo godimento. Così essa sarà te-

---

(1) DUVERGIER, p. 133, n. 93, TROPLONG, n. 276, PONT, p. 136 n. 170. In senso contrario, DURANTON, t. XVII, p. 339, n. 351.

(2) PONT, p. 140, nn. 176 e 177, e tutti gli autori.

(3) Cfr. DUVERGIER, p. 140, n. 98, MOURLON, t. III, p. 351, n. 869.

nuta agli interessi ed annualità dei debiti personali dei soci, poichè ha l'usufrutto universale dei loro beni (art. 1409, numeri 3 e 4 per analogia) (1).

N. 2. — Della società universale dei guadagni.

238. « La società universale de' guadagni comprende tutto ciò che le parti saranno per acquistare colla loro industria, per qualsivoglia titolo, durante il corso della società. Vi sono pure compresi i mobili che ciascuno dei soci possiede al tempo del contratto, ma i loro immobili particolari non fanno parte della società salvo che per essere goduti in comunione » (articolo 1838).

La composizione attiva della società universale dei guadagni non risponde al nome che porta. Essa comprende i mobili presenti dei soci, ma questi mobili non sono guadagni. Essa è dunque anche una società di beni presenti, limitata alla sostanza mobiliare dei soci. Oggi che i valori mobiliari hanno tanta importanza, la società dei guadagni comprenderebbe il più delle volte tutta la sostanza presente dei soci. È precisamente per questo motivo ch'essa è poco in uso al pari della società di tutti i beni presenti.

L'art. 1838 dice che gli immobili particolari non fanno parte della società dei guadagni salvo che per essere goduti in comunione. Che cosa s'intende per *immobili particolari?* Si insegna che questa disposizione deve essere ristretta agli immobili che i soci posseggono al momento del contratto (2). La cosa ci pare dubbia. La legge non contiene questa limitazione; essa parla degli immobili particolari in termini generali, e, d'altra parte, la società di tutti i beni, quando le parti vi comprendono ogni sorta di guadagni, comprende il godimento dei beni futuri. Perchè non sarebbe lo stesso della società universale dei guadagni? Se i frutti dei beni presenti sono un guadagno, dev'essere altrettanto dei frutti dei beni futuri (3).

I guadagni propriamente detti comprendono ciò che le parti acquistano colla loro *industria,* a qualsivoglia titolo. Questi termini sono restrittivi, essi non si applicano ai doni della fortuna, poichè il caso esclude qualunque industria.

239. La legge non dice nulla del passivo. Pothier dice che, secondo i principii del diritto francese, i debiti mobiliari seguono l'attivo mobiliare e ne costituiscono un onere. Egli applica

---

(1) Pont, p. 144, n. 184.
(2) Aubry e Rau, t. IV, p. 552 e seg., § 379.
(3) Pont, p. 153, n. 202. Duvergier, p. 155, n. 106. Duranton, t. VII, p. 354, n. 363.

questo principio alla società dei guadagni, e decide, conseguentemente, ch'essa è tenuta a tutti i debiti mobiliari di cui i soci erano debitori quando l'hanno contratta, poichè trae profitto dai mobili ch'essi possedevano in quel tempo. Il codice civile ha seguìto questo principio in materia di comunione, e la maggior parte degli autori l'adottano invocando la tradizione. Alcuni insegnano che la società non è tenuta ai debiti che nella proporzione del contributo mobiliare di ciascun socio confrontato col valore degli immobili che gli restano proprii. È il principio seguìto dal codice per le successioni che pervengono ai coniugi in comunione di beni. Abbiamo detto, trattando della comunione, che quest'ultimo principio è più equo, ma, nel silenzio della legge, crediamo che bisogni attenersi al principio tradizionale (1).

La società dei guadagni essendo usufruttuaria universale dei beni dei soci, ne consegue che deve sopportare i debiti dei soci quanto agli interessi.

Per ciò che riguarda i debiti contratti durante la società si applica quanto abbiamo detto della società di beni presenti stipulata colla clausola che vi entrano anche i guadagni (n. 237).

N. 3. — Disposizioni generali.

240. « Il semplice contratto di società universale senz'altra dichiarazione non induce che la società universale degli utili » (art. 1839). Questa disposizione è tolta da Pothier, che si fonda sopra una legge romana. Il relatore del Tribunato ne dà il seguente motivo: « Ogni convenzione che tende ad espropriare non potendo essere intesa che nel senso il più stretto, la semplice convenzione di società universale non indurrà che una società di utili » (2). Infatti, essa non comprende che i mobili presenti, mentre la società di beni presenti comprende anche gli immobili. Questa interpretazione restrittiva è in armonia anche collo spirito tradizionale del diritto francese, che considera gli immobili come la parte più preziosa della sostanza e cerca di conservarli nelle famiglie.

241. « Non può aver luogo veruna società universale eccetto che fra persone capaci di dare o di ricevere scambievolmente l'una dall'altra, ed alle quali non sia vietata d'avvantaggiarsi reciprocamente in pregiudizio dei diritti d'altre persone » (articolo 1840). L'oratore del Governo dà il motivo di questo di-

---

(1) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da PONT, p. 155, n. 206.

(2) POTHIER, *Della società,* n. 43. BOUTTEVILLE, *Relazione,* n. 9 LOCRÉ, t. VII, p. 248. Cfr. PONT, p. 158, n. 210, che critica la disposizione.

vieto: « È per considerazioni d'alta importanza che il codice stabilisce fra alcune persone talune incapacità d'avvantaggiarsi in pregiudizio di qualche altra. Queste proibizioni non sono numerose nella nostra legislazione, ma, tuttavia, ve ne hanno. Ora, ciò che la legge ha espressamente vietato, ciò che non si può fare direttamente sarebbe inconseguente e derisorio tollerarlo indirettamente. Non bisogna dunque che, sotto le false apparenze d'una società, si possa, donando effettivamente, eludere la proibizione della legge che ha vietato di donare, e che ciò che è illecito divenga permesso simulando sotto le qualità dei soci quelle di donante e di donatario » (1).

La legge presume dunque che la società universale sia una donazione quando interviene fra persone che sono incapaci di farsi delle liberalità. Tali sono le incapacità stabilite dagli articoli 907-909 (2). La Corte di cassazione ha applicato il principio ad una congregazione di trappisti che s'era formata sotto il nome d'una società universale dei guadagni. La sentenza impugnata rilevava che, sotto il pretesto di stabilire una società universale dei guadagni, i pretesi soci avevano voluto costituire una congregazione religiosa soggetta alla regola di San Benedetto, modificata dall'abate di Boncé. La sentenza constatava ancora che le clausole della pretesa società racchiudevano una liberalità, e che questa liberalità andava a profitto della congregazione dei trappisti, non autorizzata e, per conseguenza, incapace di ricevere. Per sfuggire alle conseguenze di questa incapacità radicale, il ricorso invocava l'atto di società stipulato fra i religiosi. Mesnard, il consigliere relatore, risponde che è senza dubbio permesso di associarsi per dimorare e lavorare in comune, ma se, sotto la forma apparente d'una società civile, si nasconde una congregazione religiosa, non si può sfuggire, con questa *simulazione*, ai divieti della legge, altrimenti basterebbe il minimo sotterfugio od una semplice *menzognera* denominazione per *eludere* la legge e rendere i suoi divieti senza effetto. Il ricorso invocava pure invano la capacità di donare e di ricevere di cui godevano tutti i soci. Era una nuova simulazione, che il relatore non ha torto di chiamare *menzogna*, l'intenzione dei monaci non essendo di gratificarsi scambievolmente, ma di gratificare il convento. Spetta ai tribunali infrangere tutto ciò che serve a nascondere la simulazione per giungere alla verità (3).

---

(1) TREILHARD, *Esposizione dei motivi*, n. 6 (LOCRÉ, t. VII, p. 242).

(2) DURANTON, t. XVII, p. 367, n. 381. DUVERGIER, p. 164, n. 118. PONT, pagina 163, n. 218.

(3) Rigetto, 26 febbraio 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 44). Cfr. il vol. XI dei miei *Principii*, nn. 169-171.

242. I motivi esposti dall'oratore del Governo non si riferiscono che alla prima disposizione dell'art. 1840. La legge non proibisce soltanto la società universale fra coloro che sono colpiti d'incapacità di dare o di ricevere, ma soggiunge che nessuna società universale può aver luogo fra persone alle quali è vietato d'avvantaggiarsi in pregiudizio d'altre persone. L'interpretazione di questa parte della legge è controversa, ma non vi ha alcun dubbio per chi si attenga, come è doveroso, alla lettera del codice. Quali sono le persone in pregiudizio delle quali possono farsi delle liberalità? Sono gli eredi legittimi; donde consegue che coloro che hanno eredi legittimi non possono contrarre una società universale. Si obbietta che in tal modo si restringono singolamente queste società. Che importa? Nessuno pensa a formarne, e il legislatore non aveva nessuna ragione di favorirle. Secondo questa opinione, la società universale che fosse contratta malgrado il divieto è colpita di nullità. Quando il testo è chiaro non dovrebbe esservi controversia. Crediamo inutile insistere più a lungo sull'argomento (1).

§ II. — *Delle società particolari.*

243. « La società particolare è quella che si applica soltanto a talune determinate cose, od al loro uso, ovvero ai frutti che se ne possono ritrarre » (art. 1841).

« È pure una società particolare il contratto col quale più persone si associano, sia per una designata impresa, sia per l'esercizio di qualche mestiere o professione » (art. 1842).

CAPO III.

Delle obbligazioni dei soci fra loro.

§ I. — *Del contributo.*

N. 1. — Del trasferimento di proprietà.

244. Il contributo può avere per oggetto la proprietà o il godimento della cosa che il socio ha promesso. Quando si tratta della proprietà, vi è qualche difficoltà sul punto di sapere come

---

(1) DUVERGIER, p. 165, n. 119. ZACHARIAE, traduzione di MASSÉ e VERGÉ, t. IV, p. 430, nota 15. In senso contrario, PONT, p. 165, nn. 222-224, e gli autori che cita.

e in qual senso la proprietà è trasferita alla società. Se la società fosse una persona civile, la cosa sarebbe semplicissima. Si resterebbe assolutamente sotto l'impero del diritto comune. Ma, non avendo la società una personalità distinta da quella dei soci, ne risulta che sono i soci stessi che diventano proprietarii delle cose che ciascuno di essi si obbliga di mettere nel fondo comune, donde segue che il trapasso di proprietà fra soci ha per effetto di rendere i soci comproprietarii per indiviso nella cosa che costituisce il contributo, per cui chi lo fa non si spoglia intieramente della proprietà, come farebbe un venditore, ma conserva la sua parte indivisa nella cosa. Il trapasso, quanto a lui, consiste in ciò, che da proprietario esclusivo che era, diviene comproprietario per indiviso, egli rinuncia alla proprietà esclusiva, ma ritenendo un diritto di comproprietà. Come avviene questo trapasso? Bisogna distinguere i rapporti dei soci fra loro dai rapporti dei soci coi terzi (1).

245. Debbonsi applicare ai rapporti dei soci i principii che reggono l'acquisto della proprietà? L'affermativa non ci pare dubbia. Infatti, la comproprietà è una proprietà, e quindi bisogna dire ch'essa si trasferisce e si acquista per effetto delle obbligazioni (art. 711), vale a dire per effetto del contratto. Dal momento che vi ha concorso di volontà delle parti contraenti, la proprietà è trasferita (art. 1138), e quindi i soci diventano comproprietarii al momento in cui il contratto si perfeziona, ancorchè non fosse stata fatta la tradizione. Quanto al socio che versa il contributo, egli cessa, a partire da questo momento, d'essere proprietario esclusivo per divenire comproprietario. Resta a sapere quando il contratto si perfeziona. Su questo punto si applicano i principii generali che abbiamo esposti al titolo delle *Obbligazioni*, ed ai quali rimandiamo.

Dal principio che il contributo ha per effetto di trasmettere ai soci un diritto di comproprietà segue che questa trasmissione è retta dal diritto comune anche per quanto riguarda i rapporti dei soci coi terzi. La questione sta nel sapere a partire da qual momento e sotto quali condizioni essi diventano comproprietarii a riguardo dei terzi. Se si tratta di mobili corporali, la legge non prescrive alcuna formalità. Il concorso di volontà basta per operare la trasmissione. La tradizione non è richiesta, salvo l'applicazione, se vi ha luogo, dell'art. 1141. Quanto ai crediti, l'art. 1689 esige la notifica del trapasso al debitore, o l'accettazione fatta dal debitore per atto autentico. La legge suppone la cessione, vale a dire la vendita d'un credito, e il contributo d'un socio non è una vendita. Però questo contributo costituisce una trasmissione della proprietà della cosa che ne forma l'oggetto, e tanto il debitore quanto i terzi sono

---

(1) POTHIER, *Della società*, n. 31. PONT, p. 188, n. 256.

interessati a conoscere il cambiamento che avviene. Il socio che conferisce il credito cessa d'esserne creditore esclusivo per divenire concreditore, e quindi vi hanno gli identici motivi per esigere la notifica dell'accettazione. Ciò è generalmente ammesso (1). Resta però un dubbio che il legislatore avrebbe dovuto risolvere. Può l'interprete applicare per analogia disposizioni che stabiliscono condizioni per la trasmissione della proprietà a riguardo dei terzi? Stando al rigore dei principii, la negativa è certa.

La stessa questione si presenta per il contributo dei crediti ipotecarii e privilegiati, come pure per il contributo degli immobili. La nostra legge ipotecaria prescrive speciali formalità perchè la traslazione della proprietà abbia effetto a riguardo dei terzi. Esamineremo, al titolo che è la sede della materia, se queste disposizioni si applicano al contratto di società.

246. A termini dell'art. 1845, « ogni socio è debitore verso la società di tutto ciò che ha promesso di conferirvi ». Quali sono le conseguenze di questa obbligazione? Si applica il diritto comune in quanto la legge o il contratto non vi deroghino. Poichè l'obbligazione del socio consiste nel dare, ne segue ch'egli è tenuto a consegnare la cosa ed a conservarla fino alla consegna colle cure d'un buon padre di famiglia (articoli 1136 e 1137). Su questo punto non vi ha alcun dubbio. Ma sorge controversia sulla questione di sapere se il socio ha le stesse obbligazioni del venditore, in quanto riguarda l'obbligazione di consegnare. L'art. 1845 assimila il socio al venditore rispetto alla garanzia: « Quando il contributo consiste in un determinato corpo e la società ne è evitta, il socio ne è garante verso la società, nello stesso modo che un venditore lo è verso il suo compratore ». Devesi indurne che, sotto tutti i rapporti, le obbligazioni del socio derivanti dal contributo sono quelle d'un venditore? La questione si presenta per l'obbligazione di consegnare la qualità portata nel contratto. Generalmente si insegna che l'art. 1617 e seguenti si applicano alla società, donde si conchiude che, se vi ha una deficienza od un'eccedenza di meno d'un ventesimo nella qualità d'un immobile conferito alla società, non vi ha luogo per questo titolo ad alcuna indennità a carico del socio o della società. Se la deficienza è di più d'un ventesimo, si decide che vi sarà luogo, secondo le circostanze, allo scioglimento della società od ai danni ed interessi. In caso d'eccedenza di più d'un centesimo, i soci dovranno una indennità, salvo ad usare del diritto che l'art. 1620 accorda loro di recedere dal contratto (2).

---

(1) Rigetto, 28 aprile 1869 (Dalloz, 1869, 1, 445). La dottrina è nello stesso senso. Pont, *Della società*, p. 139, n. 174, e p. 191, n. 259.

(2) Pont, p. 194, n. 265, e gli autori che cita.

L'opinione contraria professata da Duvergier ci pare più conforme ai principii. Si tratta di sapere se disposizioni arbitrarie, ed in un certo senso eccezionali, possono estendersi da un contratto ad un altro. La negativa è certa. Ora, le disposizioni che si trovano al titolo della *Vendita* sulla consegna della quantità sono arbitrarie. Il limite del ventesimo non può essere stabilito che dal legislatore, e quindi non si può estenderlo alla società. Anche l'art. 1617 e seguenti sono eccezionali. Ciò risulta dal testo stesso della legge. L'art. 1616 dispone: « Il venditore è tenuto a consegnare la quantità quale è stabilita dal contratto, colle *modificazioni* qui appresso indicate ». Queste modificazioni derogano alle regole, sono dunque eccezioni, e come tali non si possono estendere fosse pure per via d'analogia. D'altronde l'analogia è ben lungi dall'essere completa. Il contratto di società differisce dal contratto di vendita. Nella vendita ciascuna delle parti stipula nel proprio interesse, ed è permesso all'una di avvantaggiarsi a danno dell'altra. Non così accade nella società. Questo contratto ha per scopo l'eguaglianza fra i soci; l'assegnazione degli utili è proporzionale all'importanza della quota. Se dunque un socio contribuisse una quota minore di quella che ha promesso, il principio dell'eguaglianza sarebbe violato se l'utile fosse calcolato in ragione del contributo nominale. È in questo senso che l'art. 1845 dice che ogni socio è debitore verso la società di *tutto* ciò che ha promesso di conferirvi. Egli deve dunque *tutto* il suo contributo, altrimenti vi ha luogo ad indennità. E se vi ha eccedenza, il principio dell'eguaglianza richiede che i soci gliene tengano conto. Questo sistema fu sostenuto davanti la Corte di cassazione. La difficoltà non è stata risolta, perchè la sentenza impugnata decideva in fatto che il contributo costituiva, nella specie, una vera vendita, il che rendeva applicabile l'art. 1619 (1).

247. L'art. 1845 applica il principio della garanzia al contributo dei soci. Pothier, dal quale gli scrittori del codice hanno tolta questa disposizione, ne dà la ragione. La società è un contratto commutativo: ciascuno dei soci si obbliga a dare o a fare una cosa che è l'equivalente di ciò che gli si dà o di ciò che si fa per lui (art. 1104). L'equivalente consiste nell'utile che è proporzionale alla quota. Ora, in caso d'evizione, il socio si trova senza quota, ovvero la sua quota è diminuita, e quindi egli deve indennizzare la società della perdita che subisce dall'evizione. Pothier aggiunge una restrizione che risulta dai principii e che il codice ha implicitamente consacrato. La garanzia non ha luogo che quando si tratta del contributo d'un determinato corpo. Se un socio conferisse una universalità di beni, l'evizione di qualche fondo non darebbe luogo a

(1) DUVERGIER, p. 196, n. 156. Rigetto, sezione civile, 14 gennaio 1862 (DALLOZ, 1862, 1, 91).

garanzia (1). Anche l'art. 1845 suppone che si tratti d'un determinato corpo, e l'art. 1696 decide che colui il quale vende una eredità senza specificarne gli oggetti non è tenuto a garantire che la sua qualità d'erede. Rimandiamo, pel principio, a quanto si è detto al titolo della *Vendita*.

248. Secondo l'art. 1841, la società può avere per oggetto l'uso di determinate cose o i frutti che se ne possono percepire. In questo caso, la proprietà rimane al socio; la società acquista soltanto l'uso o il godimento (2). A qual titolo godrà essa della cosa? Alcuni dicono che ne godrà a titolo d'usufrutto, altri a titolo di locazione (3). Bisogna ritenere che questo dipende dall'intenzione delle parti contraenti, e non si può determinare questa intenzione *a priori*, essendo la volontà una questione essenzialmente di fatto (4). Crediamo inutile discutere le presunzioni che gli scrittori stabiliscono a questo riguardo (5). Non può essere questione di presunzioni legali: sono dunque semplici probabilità, che dipendono dai fatti e dalle circostanze e che, per conseguenza, variano da una causa all'altra. Se vi ha uno scritto, i giudici l'interpreteranno secondo le regole generali che presiedono all'interpretazione delle convenzioni. Se non vi ha scritto, i giudici non possono ricorrere a presunzioni che nel caso in cui è ammessa la prova testimoniale, e queste presunzioni, dette dell'uomo, sono intieramente lasciate al loro apprezzamento. I principii generali sono stati esposti al titolo delle *Obbligazioni*, e l'applicazione che il giudice è chiamato a farne è di puro fatto.

Le conseguenze del contributo saranno ben diverse, secondo che la società gode a titolo di locazione o a titolo d'usufrutto. Rimandiamo a quanto si è detto, al titolo della *Locazione*, sulle differenze che intercedono fra i due diritti.

N. 2. — Del contributo d'una somma di denaro.

249. « Il socio che doveva conferire alla società una somma e non l'ha conferita è di diritto debitore degli interessi di tale somma dal giorno in cui doveva eseguirsi il pagamento » (art. 1846). Questa disposizione deroga alla regola stabilita dall'art. 1153 a termini del quale i danni od interessi risultanti dal ritardo nell'esecuzione non sono dovuti che dal giorno

---

(1) POTHIER, *Della società*, nn. 113 e 114. Cfr. PONT, p. 198, nn. 267-274. DUVERGIER, p. 201, nn. 159-167.

(2) DUVERGIER, p. 210, n. 168. TROPLONG, n. 538.

(3) DURANTON, t. VII, p. 396, n. 393 (dal punto di vista della garanzia).

(4) È l'opinione di PONT, p. 203, n. 276.

(5) DURANTON, t. XVII, p. 416, n. 408. DUVERGIER, p. 228, n. 196. PONT, pagina 206, nn. 283-287.

della domanda. Il socio deve gli interessi di pieno diritto. Questa eccezione è fondata sulla natura stessa del contratto di società. Se, in generale, gli interessi non decorrono che a partire dalla domanda giudiziale, ciò avviene perchè è necessaria una costituzione in mora per constatare il danno che il creditore prova dall'inadempimento della obbligazione. Nel caso della società il danno è provato dalla natura stessa del contratto. Le parti contraenti speculano sull'impiego delle quote, e quindi la società è in perdita per ciò solo che non percepisce gli interessi della somma che uno dei soci ha promesso di conferirvi, e quando il danno è provato, vi ha luogo ai danni ed interessi (1). Si dovrà conchiudere da ciò che il socio non deve gli interessi se l'inadempimento delle sue obbligazioni non ha recato alcun danno alla società? È stato giudicato che il socio era tuttavia tenuto a pagare gli interessi (2). Noi crediamo che la Corte abbia rettamente giudicato attenendosi al testo della legge i cui termini sono assoluti. I motivi adotti dalla dottrina per giustificare una disposizione non autorizzano il giudice a restringere l'applicazione della legge nei limiti di questi motivi, perchè la dottrina non ha forza legale.

L'art. 1846 contiene una seconda deroga al diritto comune. Secondo l'art. 1153, i danni ed interessi risultanti dal ritardo nell'inadempimento d' una obbligazione avendo per oggetto una somma di danaro non consistono mai se non nella condanna a pagare gli interessi stabiliti dalla legge. L'art. 1846, dopo aver detto che il socio deve gli interessi di pien diritto, soggiunge: « Tutto ciò senza pregiudizio dei maggiori danni ed interessi, quando vi sia luogo ». Anche questa eccezione risulta dalla natura del contratto di società. Nessuno si associa per ritrarre dalle quote sociali l'interesse legale, ma per ottenere degli utili che eccedono il profitto che si ritrae ordinariamente dai proprii capitali. Il danno essendo superiore all'interesse legale, la legge ha dovuto dare ai soci un'azione per danni ed interessi. Se non avviene altrimenti nei contratti in generale, quando hanno per oggetto una somma di denaro, è perchè sarebbe stato impossibile valutare l'importo del danno sofferto dal ritardo nel pagamento. Questo motivo non esiste nella società, poichè l'oggetto della società indica l'impiego che le parti avrebbero fatto dei fondi, e quindi è facile calcolare il danno che la società soffre quando non può fare questo impiego (3).

250. L'art. 1846 si applica ai frutti? Supponiamo che la cosa produca frutti e che il socio continui a possederla. Egli raccoglie i frutti. Deve darne conto ai suoi consoci? Vi ha qualche incertezza nella dottrina sull'argomento. Un primo punto è

(1) Rigetto, 3 marzo 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 150).
(2) Aix, 1.° marzo 1869 (DALLOZ, 1870, 2, 219).
(3) DURANTON, t. XVII, p. 400, n. 398. PONT, p. 210, n. 298.

incontestabile, cioè che i frutti percetti dal socio appartengono alla società. È questa l'applicazione pura e semplice dell'art. 547. I frutti appartengono al proprietario per diritto d'accèssione. Ora, la società è proprietaria dal momento che il contratto è perfetto (n. 245), ed è quindi ad essa che i frutti appartengono. Tale era l'opinione di Pothier, ma egli soggiunge: « Finchè il socio non è stato costituito in mora a conferire alla società le cose che ha promesso di conferirvi, non è tenuto a render conto alla società che dei frutti percetti, ma dopo che è stato costituito in mora a conferirli, egli deve rispondere anche di quelli che non ha raccolti e che la società avrebbe potuto percepire » (1). Che tale sia l'obbligazione del socio costituito in mora, non vi ha dubbio. Ma occorre una costituzione in mora? Su questo punto vi è controversia. Vi hanno autori i quali seguono l'opinione di Pothier (2), che, a nostro avviso, è la buona. L'art. 1846 non può essere applicato ai frutti. Infatti, la regola cui esso deroga non riguarda che le obbligazioni le quali hanno per oggetto una somma di denaro (art. 1153), e il testo dell'art. 1846 non parla che del conferimento d'una somma. Tanto l'eccezione quanto la regola sono dunque speciali, e bisogna lasciarle da parte per attenersi ai principii generali di diritto. Ora, secondo questi principii, occorre una costituzione in mora perchè il debitore sia tenuto ai danni ed interessi. Il codice non deroga a questi principii, in materia di società, il che è quanto dire ch'essi restano applicabili. Si obbietta lo spirito della legge. Vi ha la stessa ragione di decidere. Si tratti di frutti o d'interessi d'una somma di denaro, in tutti i casi, la società soffre un danno. Perchè avrebbe essa diritto ai danni ed interessi quando il conferimento consiste in una somma di denaro, mentre non potrebbe reclamarli quando consiste in una cosa fruttifera? Si aggiunge che una costituzione in mora è inutile, essendo il socio costituito in mora in forza della natura del contratto. Rispondiamo che la legge avrebbe senza dubbio dovuto stabilire questo principio come regola generale, ma non l'ha fatto, e quindi siamo in presenza d'una regola generale alla quale il codice non ha derogato. Ciò decide la questione.

L'opinione contraria è più generalmente insegnata. Uno dei nostri migliori scrittori, il Delangle, dice che il socio, senza che vi sia uopo d'una costituzione in mora, è debitore e dei frutti che ha raccolti e di quelli che, più abile o più diligente, avrebbe potuto raccogliere. È la *punizione* della sua colpa. Essa non gli sarebbe perdonata nemmeno nel caso in cui fosse dubbio che la società, possedendo la cosa, ne avrebbe ricavato un

(1) POTHIER, *Della società*, n. 115.

(2) DUVERGIER, p. 194, n. 152. TROPLONG, n. 531. MASSÉ e VERGÉ in ZACHARIAE, t. IV, p. 432, nota 5.

miglior partito. La *pena*, continua il Delangle, può assumere maggiori proporzioni. Se il ritardo ha cagionato alla società un danno eccedente la privazione dei frutti, il socio ne è responsabile (1). Ci pare che i termini stessi nei quali questa opinione è formulata la condannino. Può il giudice infliggere una *pena* al debitore senza che vi sia una legge che la pronuncia? È impossibile. Ora, legge non v'ha, poichè l'art. 1846, in quanto pronuncia una pena, è di stretta interpretazione.

N. 3. — Del conferimento dell'industria.

251. « I soci che si sono obbligati ad impiegare per la società la loro industria devono render conto alla stessa di tutti i guadagni fatti con quella specie d'industria che costituisce l'oggetto della società » (art. 1847). Pothier, dal quale questa disposizione è tratta, la spiega aggiungendo che, se il socio ha un'altra industria, che non forma l'oggetto della società, non deve dar conto ai suoi consoci dei guadagni che ne ritraesse. Il caso si è presentato davanti la Corte di Lione. Due industriali si associano per la fabbricazione dell'acciaio, e si obbligano a consacrare tutto il loro tempo, tutto il loro lavoro al perfezionamento di questa industria. Uno di essi inventa un processo per rivestire il minerale d'uno strato di ferro fuso, industria che è speciale agli stabilimenti in cui si confezionano pezzi di ferro rivestiti d'acciaio. L'altro socio domanda che l'inventore renda conto alla società dei guadagni che ha fatti con questa scoperta. È stato giudicato che l'invenzione non era un processo per fabbricare acciaio, solo oggetto della società, e quindi l'articolo 1847 era inapplicabile, poichè i soci che si sono obbligati a conferire tutta la loro industria ad una società non sono tenuti a render conto che dei guadagni che hanno fatti colla specie d'industria che forma l' oggetto di questa società (2).

252. Vi ha una differenza fra il conferimento dell'industria e il conferimento d'una cosa mobiliare o immobiliare. Il socio che promette la sua industria contrae un'obbligazione di fare, mentre colui che si obbliga a conferire un mobile od un immobile contrae una obbligazione di dare. Inoltre, l'obbligazione di fare, nel conferimento dell'industria, è un'obbligazione successiva, che si continua per tutta la durata della società e che cessa naturalmente quando la società finisce. Il socio riprende, in questo caso, l'esercizio della propria industria, quale era stata da lui conferita, cogli accessorii, se ve ne sono. La Corte di

(1) DELONGLE, nn. 77 e 78. Cfr. PONT, p. 192, n. 263, e gli autori che cita.
(2) POTHIER, n. 120. Lione, 18 giugno 1856 (DALLOZ, 1857, 2, 71).

cassazione ha fatto l'applicazione di questo principio nel caso seguente. Un artista, che si è fatto una riputazione sotto il pseudonimo di *Nadar*, si associa col fratello per l'esercizio della fotografia, consentendo a che il pseudonimo figuri nella ragion sociale. Dopo lo scioglimento della società, egli domanda che il fratello sopprima il nome di *Nadar* dall'insegna del suo stabilimento fotografico, avendo egli stesso interesse ad utilizzarlo per un'impresa propria. La questione stava nel sapere se questo pseudonimo era stato ceduto alla società come lo sarebbe un oggetto mobiliare o immobiliare, che diviene proprietà dei due soci. Porre la questione è risolverla. Il pseudonimo era un accessorio del lavoro che l'artista aveva promesso alla società. Riprendendo il suo lavoro, egli riprendeva il suo nome (1).

§ II. — *Della responsabilità dei soci.*

N. 1. — **Della colpa.**

253. « Ogni socio è tenuto verso la società dei danni che le ha recati per sua *colpa* » (art. 1850). Di qual colpa il socio è tenuto? Abbiamo risposto alla domanda esponendo la teoria delle colpe, al titolo delle *Obbligazioni*. Bisogna applicare il principio generale dell'art. 1137, perchè il codice non vi deroga al titolo della società, e quindi il socio deve usare negli affari sociali la diligenza d'un buon padre di famiglia. È quello che, nel linguaggio tradizionale, si chiama la colpa leggiera *in abstracto*. Secondo la teoria degli antichi interpreti, vi si aggiungeva una restrizione tolta ad una legge romana. « Non si può esigere dal socio, dice Pothier, che la cura di cui è capace e ch'egli mette negli affari suoi proprii. S'egli non ha la stessa previdenza che hanno nei loro affari i più abili padri di famiglia, i suoi soci non devono imputargli questo difetto, ma piuttosto devono imputare a sè stessi d'essere associati con esso ». Duranton e, dietro lui, Troplong, riproducono questa dottrina con maggiore o minore precisione, il che conduce alla conseguenza che il socio non sarebbe tenuto che della colpa lieve *in concreto*. Noi crediamo, con Duvergier, che il temperamento di Pothier deve essere rigettato e che bisogna attenersi alla responsabilità dell'art. 1137 (2).

Quando la legge si contenta d'una responsabilità minore, lo dice (articoli 1927, 1992), ma essa non deroga alla regola per quanto riguarda i soci, il che è decisivo.

---

(1) Cassazione, 6 giugno 1859 (DALLOZ, 1859, 1, 248). PONT, p. 214, n. 304.

(2) DURANTON, t. XVII, p. 410, n. 403. TROPLONG, nn. 566-576. DUVERGIER, p. 383, n. 324. PONT, p. 247, nn. 353 e 354. Cfr. POTHIER, *Della società*, n. 124.

Questa discussione è, del resto, perfettamente oziosa, perchè la responsabilità è essenzialmente una questione di fatto, come fu detto al Consiglio di Stato. Lacuèe criticò la parola *colpa* perchè troppo vaga. Si potrebbe abusarne, egli dice, per rendere il socio responsabile di avvenimenti che avessero eluso combinazioni esatte nel loro principio. Treilhard, relatore della sezione di legislazione, rispose che i tribunali saprebbero fare le distinzioni reclamate dalla giustizia, mentre la legge non può che rimettersi ad essi ed invano cercherebbe di specificare anticipatamente tutti i gradi della responsabilità. « Il diritto romano, dice Berlier, distingueva la colpa grave, la colpa lieve ed anche la colpa lievissima. Si sono evitate queste distinzioni in tutti i titoli adottati, ma senza togliere ai tribunali la facoltà d'apprezzare ciò che costituisce la colpa o che ne libera ». Rispondendo poi alla censura di Lacuèe, Berlier soggiunge: « Speculazioni ragionevoli che riescono male sono una disgrazia, non una colpa. Tutto ciò deve essere deciso *ex aequo et bono*. L'espressione usata non vi fa ostacolo, ed è d'altronde impossibile sostituirla con alcun'altra che abbia un senso ad un tempo più preciso e meno pericoloso » (1).

254. Togliamo qualche applicazione dalla giurisprudenza. In essa non si parla delle questioni scolastiche intorno ai gradi della colpa (2). I tribunali decidono in fatto. I soci gerenti in una società in accomandita rispondono dei furti e delle distrazioni commesse da un impiegato, quando la scelta e la direzione del personale appartengono loro esclusivamente, senza controllo degli accomandanti? Il tribunale di commercio di Lione aveva prosciolto i gerenti da ogni responsabilità, sebbene riconoscesse ch'essi erano stati imprudenti, ma decise che la loro imprudenza era scusabile. Questa decisione fu riformata in appello. La Corte constata che vi era colpa da parte dei gerenti. Essi avevano sostituito un impiegato di fiducia con un giovane di ventidue anni, straniero, senza assumere alcuna informazione ed accettando come vere le sue menzognere affermazioni, mentre avrebbero potuto facilmente assicurarsi della loro falsità. Essi affidarono ad un avventuriero la cassa, tenuta sino allora da uno dei capi della casa, e la tenuta dei libri. Questo cumulo di attribuzioni permetteva all'impiegato di dissimulare, con false scritturazioni, le sottrazioni da lui fatte a danno della cassa. La Corte soggiunge che il procedimento abituale del ladro era malaccorto e grossolano. Esso consisteva il più delle volte in false addizioni

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 14 nevoso anno XII, n. 18 (Locré, t. VII, p. 233).

(2) In una sentenza della Corte di Bordeaux si trova l'espressione di colpa grave (18 maggio 1827, Dalloz, v. *Société*, n. 564). Se la Corte intende dire che il socio non risponde della colpa grave, assimilata al dolo, il suo errore è evidente.

che un semplice sguardo sopra una colonna addizionata doveva far scoprire e rilevare. Ci volle, dice la giurisprudenza, una incredibile incuria ed una mancanza assoluta di sorveglianza perchè queste dilapidazioni avessero potuto ripetersi per parecchi anni e raggiungere l'enorme cifra di ottantasettemila lire (1).

È stato giudicato che uno dei gerenti d'una società in accomandita era responsabile delle distrazioni che l'altro aveva fatte di una parte dei fondi sociali a fine di adoperarle pei suoi affari personali. Il convenuto obbiettava ch'egli non aveva potuto nè sospettare, nè impedire le colpe personali del proprio socio. La Corte di Parigi risponde che le funzioni di gerente erano esercitate insieme dai due soci, che entrambi dovevano vegliare con egual cura alla conservazione ed al buon impiego dei valori affidati alla società. La sentenza entra poi nel dettaglio delle colpe che si potevano rimproverare all'altro gerente. Benchè questi si occupasse più specialmente del collocamento delle mercanzie, era suo dovere di compulsare i libri, di conoscere lo stato dei crediti attivi e passivi e di vegliare all'impiego degli incassi. Se egli avesse adempito a questo dovere, non avrebbe tardato ad accorgersi che sugli speciali libri figuravano costantemente debitori fittizii o crediti esagerati, ed evidentemente superiori all'importo delle vendite effettuate, che quindi avrebbe dovuto arrestare il male nel suo nascere e prevenire distrazioni che salirono a cinquantamila lire (2).

255. L'art. 1850 soggiunge che il socio non può compensare, coi danni che ha recati per propria colpa, i profitti che, colla sua industria, avrebbe procurati alla società in altri affari. Pothier ne dice la ragione. Il socio deve alla società la sua industria. Conferendole i profitti che ha realizzati, egli non ha fatto dunque che sdebitarsi verso di essa di ciò che le doveva. La società non gli deve, per questo titolo, nulla ch'egli possa opporre in compensazione di ciò che le deve (3).

Il codice suppone che il danno sia stato recato in un affare e che il profitto sia stato procurato in un altro. Se dunque si trattasse d'un solo e medesimo affare, il socio potrebbe compensare i profitti colle perdite. Tale è almeno l'opinione generale, ma essa ci lascia qualche dubbio. Si può dire d'un affare unico quello che Pothier dice di parecchi affari distinti. Il socio è debitore dei profitti ed è anche debitore delle perdite. Ora, non si compensa un debito con un debito. Colui che invoca la compensazione deve essere ad un tempo debitore e creditore, e il socio anzichè essere creditore dei profitti che procura, ne è debitore. Manca quindi la base della compensazione (4).

---

(1) Lione, 3 dicembre 1857 (DALLOZ, 1859, 2, 171).

(2) Parigi, 31 gennaio 1852 (DALLOZ, 1852, 2, 278).

(3) POTHIER, *Della società*, n. 125.

(4) DUVERGIER, p. 392, n. 331. DURANTON, t. XVII, p. 410, n. 403. DELONGLE, n. 165. PONT, p. 253, n. 361.

N. 2. — Dell'obbligazione di vegliare agli interessi comuni.

256. Pothier dice che ogni socio deve conferire alla massa comune tutto ciò che ha percepito dal fondo comune, e ne è, per conseguenza, debitore verso la società. Per esempio, se uno dei soci ha tolto dalla cassa della società una somma di denaro per impiegarla nei suoi affari particolari, niun dubbio ch'egli sia debitore di questa somma verso la società (1). La regola stabilita da Pothier e l'applicazione ch'egli ne fa sono talmente evidenti che gli autori del codice hanno giudicato inutile riprodurle. Però essi consacrano implicitamente il principio nell'art. 1846, 2.° alinea: « Il socio diviene, di pien diritto e senza domanda, debitore degli interessi delle somme che ha prese nella cassa sociale, a contare dal giorno in cui ne le ha tolte per suo particolare vantaggio ». È una deroga alle regole dell'art. 1153, e si giustifica coi motivi che han fatto adottare la disposizione principale dell'art. 1846, cioè che il socio deve di pien diritto gli interessi del suo conferimento (n. 249). È inutile constatare con una domanda giudiziale il danno che la società soffre; il fatto solo ch'essa è privata del godimento d'un capitale che le appartiene la costituisce in perdita, perchè i capitali che formano il fondo sociale sono destinati a produrre degli utili, come, di regola, ne producono. Inoltre, nella specie, da parte del socio che adopera a suo profitto un capitale destinato al vantaggio comune, vi ha violazione d'una obbligazione, perchè, come socio, avrebbe dovuto agire nell'interesse sociale.

I motivi che giustificano l'art. 1846 ne spiegano anche la portata. Non bisogna prendere alla lettera le parole *somme prese nella cassa sociale*. Nelle società civili può darsi che non vi sia cassa sociale. Vi sia o non vi sia, poco importa; vi ha sempre un fondo comune, e dal momento che uno dei soci distrae dalla sua destinazione una parte del fondo sociale, nel proprio interesse particolare, l'art. 1846 deve ricevere la sua applicazione. La giurisprudenza ha consacrato questa interpretazione, che alcuni autori hanno avuto torto di combattere. È vero che la disposizione dell'art. 1846 è eccezionale e, a questo titolo, di stretta interpretazione, ma non è estendere un'eccezione lo spiegarla e fissarne il senso. Un socio percepisce gli interessi o annualità di rendite sullo Stato appartenenti alle società. Egli ne deve gli interessi di pien diritto, non solo finchè riscuote una somma che deve entrare nella cassa sociale, ma anche dopo il trapasso

(1) POTHIER, *Della società*, n. 118.

che ha fatto della totalità di queste rendite (1). Una società prende in affitto le chiatte di due dipartimenti. Si conviene che due soci prendano per loro conto particolare alcune di queste chiatte, a condizione di versare nelle mani del cassiere una somma annuale, *a titolo di profitto*, per tutti i partecipanti. Una sentenza arbitrale li condannò a pagare gli interessi di queste somme di cui erano debitori. I soci interposero appello, e pretesero che essi erano debitori come affittuarii e non come soci. La Corte di Grenoble, dopo la divisione, mantenne la condanna. A nostro avviso, non vi era nemmeno dubbio (2).

257. A partire da qual momento deve il socio gli interessi delle somme che prende nella cassa sociale? L'art. 1846 risponde alla domanda: « A partire dal giorno in cui ne le ha tolte per suo particolare vantaggio ». Ciò non vuol dire che il socio non sia tenuto agli interessi che dal giorno in cui ha adoperato la somma a suo vantaggio. La legge non dice questo, essa dispone che gli interessi decorrono di pien diritto dal giorno in cui le somme sono state *tolte* dalla cassa sociale, vale a dire stornate dalla loro destinazione. I soci non devono dunque provare che una cosa, cioè che una somma è stata tolta o distratta dal fondo comune. Dal momento ch'essa è stata privata del godimento ha diritto agli interessi.

Fino a quando il socio deve gli interessi? Li deve fino al momento in cui restituisce la somma che ha tolto dalla cassa sociale. Se la tiene fino allo scioglimento della società, ne dovrà gli interessi fino alla liquidazione, perchè non è che in quel momento che la restituzione potrà farsi (3).

258. L'art. 1846 soggiunge: « Tutto ciò senza pregiudizio dei maggiori danni ed interessi, quando vi sia luogo ». Vi ha una differenza fra i danni ed interessi e gli interessi ai quali la società ha diritto. Gli interessi decorrono di pien diritto senza che la società abbia nulla a provare, mentre i danni ed interessi non sono dovuti se non *quando vi sia luogo*. È alla società che incombe la prova del danno che ha sofferto e del guadagno di cui è stata privata. Poco importa il vantaggio che il socio ha ritratto dalla somma che ha preso nella cassa sociale. Egli sarebbe tenuto ai danni ed interessi, quand'anche non avesse ricavato alcun profitto dalla somma che ha stornata, ma, al contrario, se questo profitto fosse superiore alla perdita subita dalla società, questa non avrebbe azione che fino a concorrenza di ciò che ha perduto, perchè la sua azione è un'azione di danni e interessi, e questi sono definiti dalla legge. Essi consistono nella perdita che il creditore ha fatto e nel guadagno di cui è stato privato (art. 1146) (4).

---

(1) Rigetto, 28 giugno 1825 (DALLOZ, v. *Société*, n. 531, 1.°).
(2) Grenoble, 4 marzo 1826 (DALLOZ, v. *Société*, n. 531, 2.°).
Cfr. PONT, p. 223, n. 320, e in senso diverso, gli autori che cita.
(3) PONT, p. 225, n. 323, e p. 228, n. 326.
(4) PONT, p. 226, n. 324.

259. « Non solo il socio non può far nulla contro l'interesse sociale, ma deve anzi subordinare questo interesse superiore al proprio interesse particolare ». Sono questi i termini d'una sentenza della Corte di Parigi (1). Il codice non pone tale principio, ma ne consacra alcune conseguenze negli articoli 1848 e 1849, ch'esso ha tolte a Pothier.

La legge suppone anzitutto che « uno dei soci sia, per suo conto particolare, creditore d'una somma esigibile verso una persona che si trova debitrice anche verso la società d'una somma egualmente esigibile ». Il debitore paga un acconto senza che le parti facciano un'imputazione. L'art. 1848 dispone che, in questo caso, l'imputazione si farà sul credito della società e su quello del socio nella proporzione dei due crediti. Pothier dà il motivo di questa decisione. Ogni socio deve agli affari della società la stessa cura che deve agli affari suoi proprii. Quando dunque i crediti della società e del socio sono egualmente esigibili, il pagamento deve approfittare all'uno e all'altro in parti eguali, ossia proporzionali all'importo dei due crediti. Se il socio ha fatto l'imputazione, bisogna distinguere. La quitanza imputa il pagamento parziale intieramente sul credito della società. Questa stipulazione sarà eseguita, dice l'art. 1848. Il socio sacrifica, in tal caso, il suo interesse a quello della società. Egli ne ha il diritto. È un atto di delicatezza che la legge non comanda, ma che approva. Al contrario, essa disapprova il socio che assegna l'imputazione integrale al suo credito particolare. Se non gli impone il sacrificio dei suoi interessi, essa non vuole però che il socio sacrifichi gli interessi della società ai suoi, e decide che l'imputazione sarà proporzionale senza tener conto della quitanza.

260. L'applicazione dell'art. 1848 solleva parecchie difficoltà. Si domanda anzitutto se questa disposizione deroga alle norme che il codice stabilisce sull'imputazione, al capo del *Pagamento*. La negativa ci pare certa. Al titolo delle *Obbligazioni* la legge regola i rapporti fra il creditore ed il debitore, e vi stabilisce il principio che il debitore di più debiti ha il diritto di dichiarare, quando paga, qual debito intenda estinguere. Questo suppone un creditore unico al quale sono dovuti più debiti. A maggior ragione il debitore che ha più creditori può dichiarare che vuol pagare uno di essi. Così è nel caso previsto dall'art. 1848. Il debitore ha due creditori, il socio e la società. Egli può dunque dichiarare che intende estinguere il debito a cui è tenuto verso il socio, e se paga questo debito integralmente, il socio non ha il diritto di rifiutare il pagamento. Il socio che, in questa ipotesi, riceve il pagamento integrale di ciò che gli è dovuto sarà tenuto a render conto alla società della somma che ha riscosso

(1) Parigi, 26 aprile 1850 (Dalloz, 1850, 2, 129).

nella proporzione del credito della società? No, a nostro avviso. Non ci troviamo nel testo dell'art. 1848. Non è il socio che assegna l'imputazione a ciò che gli è dovuto, è il debitore che paga il suo debito e che può costringere il creditore a ricevere il pagamento. È però vero che, nelle società civili, il socio è creditore per la sua parte dei debiti sociali, e quindi egli ha due crediti contro lo stesso debitore, un credito personale e un credito come socio, il che lo pone nella condizione di un creditore al quale il debitore fa un pagamento parziale, e siccome il debitore non può costringere il creditore a ricevere un pagamento parziale, così il principio, quale venne da noi esposto, non sarebbe applicabile che al caso in cui il debitore pagasse integralmente il credito personale del socio e la parte ch'egli ha nel credito sociale.

Se il pagamento non è che parziale, vi ha qualche dubbio. Noi crediamo che il debitore conserva il diritto che gli dà l'articolo 1253 di dettare l'imputazione e, per conseguenza, il pagamento così imputato sarà valido fra le parti. Ma quale effetto produrrà il pagamento fra il socio e la società? Noi crediamo che, nei rapporti fra il socio e la società, resta applicabile l'articolo 1848 sebbene il debitore abbia dettato l'imputazione. È erroneo, come abbiamo osservato altrove, il dire che il debitore detta l'imputazione. Infatti, egli non ha diritto di fare un pagamento parziale senza il consenso del creditore, e se questi riceve un pagamento parziale, può esigere che l'imputazione si faccia contemporaneamente sul credito della società e sul suo, e quindi, in realtà, l'imputazione fatta dal debitore ha luogo col consenso del creditore, il che rende applicabile l'articolo 1848. Sarebbe così anche quando il debitore avesse interesse a pagare il debito del socio, perchè più oneroso. Questo interesse non gli dà il diritto di costringere il creditore a ricevere un pagamento parziale. Così, in ogni ipotesi, il pagamento e l'imputazione si fanno col consenso espresso o tacito del creditore. È dunque realmente questi che dirige l'imputazione, come suppone l'art. 1848 (1).

261. L'art. 1848 è applicabile quando l'atto di società dà il potere di agire ad uno o più soci? La questione è controversa. A nostro avviso, dallo spirito della legge risulta che il socio non è tenuto all'obbligazione che gli incombe che nel caso in cui ha potestà di ricevere il credito. Così avviene quando è incaricato dell'amministrazione da una clausola speciale del contratto (art. 1856), e, in mancanza di speciali stipulazioni sul modo di amministrare, si ritiene che i soci si siano data reciprocamente la facoltà d'amministrare l'uno per l'altro. In questa ipotesi, il socio è obbligato a vegliare agli interessi comuni, ed è su questa obbligazione che si fonda il disposto dell'art. 1848. Se, al contrario,

---

(1) Vedi, in senso diverso, PONT, p. 231, nn. 333-336, e gli autori che cita.

il socio non è amministratore, egli non ha il diritto d'agire, e quindi non può ricevere per la società. Non si concepisce pertanto come debba imputare ciò che riceve sul credito sociale. Si obbietta che l'art. 1848 è concepito in termini generali e che l'interprete non può introdurre alcuna distinzione nella legge. Questo è vero in generale, ma non in modo assoluto. È permesso distinguere quando la distinzione, come nella specie, risulta dalla natura stessa della disposizione. Ciò che conferma questa interpretazione si è che Pothier stabilisce espressamente la distinzione fra il socio amministratore e il socio non amministratore nel caso previsto dall'art. 1849, sul quale ritorneremo (n. 263). Ora, l'art. 1849 e l'art. 1748 procedono dallo stesso principio. Se l'art. 1849 non si applica che al socio che ha facoltà di ricevere, deve essere lo stesso dell'art. 1848 (1).

262. Devesi applicare alla compensazione ciò che l'art. 1848 dice del pagamento? Anche questa questione è controversa, ma la negativa ci pare certa. Il socio che era debitore diviene creditore di un terzo che è pure debitore verso la società. Che cosa accade? Il compenso si fa di pien diritto fra il debito del socio e il suo credito. Si può comprendere nel credito del socio la parte ch'egli ha nel credito sociale, ma la compensazione è estranea alla parte che gli altri soci hanno nel credito e quindi non può parlarsi d'imputare il pagamento fittizio risultante dalla compensazione su ciò che è dovuto alla società. Il testo dell'art. 1848 resiste anche a questa applicazione estensiva della legge. Esso suppone che il socio il quale riceve un pagamento parziale assegni l'imputazione al credito che gli è personale, preferendo il suo interesse a quello della società. Queste supposizioni vengono meno in caso di compensazione. Non si può rimproverare al socio di aver mancato al suo dovere, poichè egli non aveva alcun dovere, la compensazione procedendo esclusivamente dalla legge (2).

263. « Quando uno dei soci ha ricevuto tutta la sua parte del credito comune, e il debitore è divenuto poi insolvibile, è tenuto a conferire alla massa comune ciò che ha ricevuto, sebbene abbia rilasciato una speciale quitanza *per la sua parte* (art. 1849). Questa disposizione è tolta da Pothier, che l'ha attinta da una legge romana. Importa innanzi tutto precisare l'ipotesi che Pothier ha avuto di mira. Egli suppone che i soci avessero un potere reciproco, come accade ben di sovente, di fare l'uno per l'altro gli affari della società. In questo caso il socio ha facoltà di riscuotere il credito sociale, ma la legge vuole che conferisca alla massa comune ciò che ha ricevuto da un

(1) POTHIER, *Della società*, n. 122. Vedi, in senso diverso, gli autori citati da PONT, p. 236, n. 338.

(2) DUVERGIER, p. 399, n. 339. PONT, p. 238, n. 340. In senso contrario, DELONGLE, n. 169, MASSÉ e VERGÉ in ZACHARIAE, t. IV, p. 434, nota 10.

debitore della società. La ragione si è che, dovendo esigere il pagamento per conto della società, egli non ha dovuto preferire il suo interesse particolare a quello della società. Se il socio non avesse facoltà di ricevere il credito sociale, non gli si potrebbe rimproverare d'aver trascurato gli interessi comuni. Non essendo incaricato di riscuotere il credito, non ha nemmeno il diritto di riceverne il pagamento. Il solo diritto ch'egli abbia è di ricevere la sua parte nel credito, e può essere costretto a riceverla, poichè, nelle società civili, i crediti della società sono i crediti dei soci. Facendo ciò che ha il diritto e l'obbligo di fare, non può essere questione di applicargli l'art. 1849, il quale suppone ch'egli avesse dovuto agire nell'interesse comune (1).

Si dà generalmente un altro motivo dell'obbligazione che l'art. 1849 impone al socio. Finchè dura la società, dice Duvergier, nessuno dei soci ha una parte distinta nei crediti sociali, il che suppone che il credito appartiene alla società, considerata come ente morale. È la società, dice Troplong, che è proprietaria del credito. Ciò che il socio riceve del credito sociale non era suo, ma della società; i denari, passando per le sue mani, sono caduti forzatamente in quelle della società, egli ne è stato il ministro suo malgrado, egli ha agito per essa, quando credeva di non agire che nel suo interesse individuale (2). È inutile combattere questa interpretazione. Noi l'accenniamo come un errore, a nostro avviso, evidente. L'art. 1849, anzichè consacrare l'opinione che personifica la società civile, prova contro coloro che l'invocano, perchè non si può separare questa disposizione dalla spiegazione che ne dà Pothier, e non vi ha una sola parola in Pothier la quale si riferisca alla personificazione. Al contrario, ciò che egli dice implica che i crediti sociali si dividono e che spettano a ciascun socio per la sua parte. E il testo dell'art. 1849 lo dice a lettere di scatola, poichè prevede il caso che il socio avesse rilasciato quietanze *per la sua parte*. Gli autori dimenticavano dunque il testo della legge, e non tengono alcun conto del suo spirito.

264. Precisando i veri motivi della legge si risolvono le difficoltà alle quali essa dà luogo. Si domanda se il socio deve conferire immediatamente alla massa ciò che ha ricevuto del credito sociale per la sua parte, o se non vi è obbligato che quando il debitore è divenuto insolvibile. Queste ultime parole sono quelle della legge: essa le ha tolte da Pothier, eppure gli scrittori insegnano che non bisogna stare alla lettera dell'articolo. E la ragione? La ragione è che la somma che il socio riceve da un debitore della società diviene proprietà della società suo malgrado, perchè durante la società, questa è

(1) POTHIER, *Della società*, n. 122. Cfr. PONT, p. 239, n. 341. Vedi un'applicazione nella sentenza di rigetto del 17 dicembre 1823 (DALLOZ, v. *Société*, n. 553).
(2) DUVERGIER, p. 401, n. 342. TROPLONG, n. 560.

proprietaria del credito, e i soci non vi hanno alcun diritto. Se fosse così, l'art. 1849 sarebbe inutile. Va da sè che il socio deve riporre, e subito, nella cassa sociale ciò che spetta alla società. Non solo l'articolo è inutile, ma è incomprensibile. Perchè non obbliga esso il socio al conferimento se non quando il debitore è divenuto insolvibile? Che c'entra qui l'insolvibilità del debitore? Così gli scrittori sono obbligati a cancellare ciò che la legge dice dell'insolvibilità del debitore (1). Strano modo d'interpretare le leggi quello di mutilarle o di correggerle!

265. Pothier, dopo aver esposto il caso previsto dall'articolo 1849, soggiunge: « Per la stessa ragione, se uno dei soci, trovando un'occasione di vendere vantaggiosamente delle merci della società, invece di fare il contratto per conto di questa, lo ha fatto per suo conto particolare, vendendo la *propria quota*, sarà obbligato di conferire alla massa comune ciò che ha venduto oltre la *medesima* ». Gli autori che riproducono questa decisione la riannodano egualmente al preteso principio della personificazione. Eppure Pothier non può essere più esplicito. Egli suppone che ogni socio abbia la *sua parte* nella proprietà comune, e la sua decisione non ha senso se non quando si ammette questa supposizione. Il vero motivo di decidere è lo stesso che nel caso dell'art. 1848. Lo dice anche Pothier (2). Non potrebbe esservi dubbio su questo punto. La disposizione dell'art. 1849 è l'applicazione d'un principio generale, e quindi si può e si deve estenderla ai casi analoghi quando vi ha lo stesso motivo di decidere.

§ III. — *Delle obbligazioni della società verso i soci.*

N. 1. — Della restituzione dei conferimenti e dei rischi.

266. Il socio ha diritto alla restituzione di quanto ha conferito? Se la cosa da lui conferita viene a perire, chi sopporta la perdita? Quale influenza esercita la perdita sull'esistenza della società? Queste quistioni non sono scevre di difficoltà, in causa del linguaggio oscuro della legge. Crediamo che esse debbano decidersi secondo i principii generali che reggono le obbligazioni. Bisogna distinguere quale è l'oggetto del conferimento. Il socio può mettere in società o la proprietà delle cose che conferisce od anche solo il loro godimento.

---

(1) DUVERGIER, p. 402, n. 339, e gli autori citati da PONT, p. 242, nota. PONT è di contrario avviso, n. 344.

(2) POTHIER, *Della società*, n. 122. PONT, p. 243, n. 347. Cfr. DUVERGIER, pagina 403, n. 342, TROPLONG, n. 563.

I. — Del contributo della proprietà.

267. Quando il socio si obbliga a conferire nella società la proprietà d'una cosa, non ha diritto alla restituzione del suo contributo. La cosa entra nell'attivo sociale; ogni socio vi ha un diritto di comproprietà finchè dura la società, e allo scioglimento il fondo comune si divide. Il diritto del socio che ha fatto il conferimento non differisce punto dal diritto degli altri soci. Egli cessa d'essere proprietario divenendo comproprietario, per la sua parte, d'una cosa comune (n. 245), e, alla divisione, percepisce la sua parte in questa come in tutte le altre che compongono l'attivo sociale. In questa ipotesi, non può parlarsi della ripresa dei contributi. Il socio è debitore verso la società della proprietà della cosa, e, essendo debitore, non potrebbe essere creditore (art. 1145). La società non ha dunque alcun obbligo, per questo titolo, verso il socio (1).

268. Se la cosa viene a perire, chi sopporterà la perdita? Pothier risponde: « Quando la cosa che il socio ha promesso di conferire è un corpo certo e determinato, e viene a perire senza colpa del socio e prima che questi sia stato costituito in mora a conferirla, egli è sciolto dalla sua obbligazione come se l'avesse conferita ». Ciò significa che la cosa perisce per la società, il che non impedirà al socio d'esercitare i suoi diritti, sia durante la società, sia allo scioglimento di questa. Pothier soggiunge che ciò è conforme ai principii che reggono il debito d'un determinato corpo. La cosa dovuta sta a rischio del creditore, e il debitore è liberato quando perisce senza sua colpa e prima che sia stato costituito in mora a consegnarla. Egli è liberato nel senso che ha adempito la sua obbligazione conservando la cosa colle cure d'un buon padre di famiglia. Avendo adempiuto alla propria obbligazione, il socio può esercitare i diritti che gli spettano in forza del contratto di società, nello stesso modo che il venditore può domandare il prezzo della cosa quando sia perita per caso fortuito prima della consegna (2).

I principii che Pothier applica alla società sono quelli adottati dal codice civile (articoli 1138 e 1302). Resta a sapere se il legislatore vi ha derogato, al titolo della *Società*. A primo aspetto, pare che l'art. 1867 consacri una deroga ai principii generali sui rischi. Il primo alinea dispone: « Quando uno dei soci ha promesso di mettere in comune la proprietà d'una cosa, la perdita sopraggiunta prima dell'effettivo conferimento opera lo scioglimento della società in rapporto a tutti i soci ».

(1) PONT, p. 257, n. 365.
(2) POTHIER, *Della società*, n. 110.

Il terzo alinea soggiunge: « Ma la società non è sciolta colla perdita della cosa la cui proprietà sia già stata conferita alla società ». Quale è il senso del primo alinea? Sembra ch'esso preveda l'ipotesi di Pothier. Il socio promette di conferire un determinato corpo. La cosa viene a perire senza sua colpa, prima ch'egli abbia *pagato*, ossia consegnato la cosa, o, come dice l'art. 1867, prima dell'*effettivo conferimento*. Pothier decide che la cosa perisce a danno della società, il che implica che la società sussiste e che il socio conserva tutti i suoi diritti verso la medesima. L'art. 1867 dice che la società è sciolta, il che implica che il socio non ha alcun diritto, e quindi la cosa perisce a danno del socio (1).

Noi non crediamo che tale sia il senso del primo alinea dell'art. 1867. Se fosse interpretato così, verrebbe posto in opposizione coi principii generali di diritto, senza che vi sia alcuna ragione di questa deroga. Quando il socio promette di conferire un determinato corpo, la società è creditrice, al pari del compratore, e quindi deve sopportare i rischi, come li sopporta il compratore. Non basta. Se si ammettesse che il primo alinea deroga al principio dei rischi, esso sarebbe in contrasto col terzo. Quest'ultima disposizione prevede il caso d'un conferimento di proprietà, e decide che, dal momento che la proprietà è trasferita alla società la perdita sta a suo rischio. Ora la proprietà è acquisita alla società pel solo fatto della promessa di conferirla prima di qualsivoglia tradizione. Così, dal momento che il contratto di società è perfetto col concorso del consenso, la cosa sta a rischio della società, secondo il terzo alinea, ed è quindi impossibile che la cosa stia a rischio del socio in forza del primo.

Concludiamo che il primo alinea dell'art. 1867 non può avere il significato che apparirebbe. Per determinarne il senso, bisogna confrontarlo col terzo alinea. Questo prevede il caso che la proprietà sia trasferita alla società, e quindi il primo deve prevedere l'ipotesi che la proprietà non sia trasferita. Il socio resta proprietario e la cosa viene a perire mentre egli è ancora proprietario. È quello che la legge intende colle parole « *prima dell'effettivo conferimento* ». Il conferimento non è effettuato, poichè consisteva nel *conferire in comunione la proprietà della cosa*; non può più nemmeno essere effettuato, poichè la cosa è perita. Ne risulta che il socio è senza quota. Ecco perchè la società è sciolta, non potendo esservi società quando uno dei soci non ha alcuna quota. A quali casi si applica il primo alinea così interpretato? Ai casi in cui, in forza della volontà delle parti contraenti, la proprietà non si trasferisce al momento del contratto, il che può aver luogo nelle ipotesi seguenti:

(1) Bugnet in Pothier, t. IV, p. 281, nota 2.

1.° Quando uno dei soci ha promesso di mettere in comunione una determinata cosa di cui non è ancora proprietario, e questa cosa viene a perire prima che il socio ne abbia acquistato la proprietà. Il socio è, in questa ipotesi, senza quota, il che importa lo scioglimento della società.

2.° Quando la condizione sotto la quale uno dei soci ha promesso di conferire una cosa nella società non si realizza che posteriormente alla perdita della cosa. Anche qui il socio è senza quota;

3.° Quando la società è stata contratta sotto una condizione e la cosa promessa da uno dei soci perisce prima dell'adempimento della condizione stessa;

4.° Quando le parti hanno stipulato che la società non debba cominciare che ad un determinato tempo e la cosa promessa viene a perire prima del tempo fissato (1).

Questa interpretazione è generalmente ammessa (2). Essa trova un appoggio nelle osservazioni del Tribunato, che ha proposto la redazione attuale dell'art. 1867: « Quando la cosa, di cui uno dei soci ha *promesso* di mettere in comunione la proprietà viene a perire prima che ne sia effettuato il conferimento, la perdita di questa cosa deve senza dubbio operare lo scioglimento della società, *trovandosi questo socio ridotto nell'impossibilità di realizzare la sua quota*. Questo motivo è decisivo. Esso non si applica al caso della semplice promessa di conferire un determinato corpo, poichè allora la realizzazione della quota non è certo impossibile, attesochè la quota è realizzata per effetto del contratto. Il Tribunato continua: « Ma se la cosa la cui proprietà è posta in comunione non viene a perire che dopo essere stata effettivamente conferita alla società, la sua perdita ricade sulla società che ne è rimasta proprietaria ». Ciò si applica, letteralmente, all'ipotesi di Pothier, poichè, nel nostro diritto moderno, la proprietà è trasferita per solo effetto della promessa. I casi in cui ciò non accade sono eccezioni, ed eccezioni che appartengono soltanto alla teoria. La vita reale le ignora. È per questo che non insistiamo sulla confusione che si può rimproverare al Tribunato, al codice ed agli autori. Tutti confondono la questione dei rischi colla questione del trasferimento della proprietà. Noi abbiamo stabilito altrove i veri principii (vol. XVI, n. 208).

269. Pothier osserva come le questioni che si sollevano sulla

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 568, nota 5, § 384. Si cita ancora come esempio il caso in cui il socio abbia aggiornato il trasferimento della proprietà (DUVERGIER, p. 518, n. 423, PONT, p. 269, n. 379). A nostro avviso, il rischio è, in questo caso, per il creditore, vale a dire per la società (v. XVI, n. 212).

(2) Vedi gli autori citati da PONT, p. 267, nota 2, e, in senso contrario, gli autori citati, *ibid.*, nota 3.

perdita della cosa non si presentano quando il conferimento consiste in una somma di denaro o in una quantità di cose fungibili, ovvero in corpi indeterminati, perchè le cose indeterminate non periscono mai. Abbiamo detto, al titolo delle *Obbligazioni*, che i rischi sono sopportati dal debitore quando l'obbligazione ha per oggetto cose indeterminate, e se queste cose formano oggetto d'un contratto traslativo di proprietà, la trasmissione della proprietà non si effettua che quando le cose sono determinate, il che avviene d'ordinario colla tradizione. Ne consegue che il socio sopporta sempre i rischi nel senso ch'egli deve realizzare la sua quota, quand'anche le cose che avesse all'uopo destinate venissero a perire. Se la perdita avviene dopo che il conferimento è effettuato, sta a danno della società. È il caso d'applicare il principio che la cosa perisce pel proprietario (1).

II. — Del contributo del godimento.

270. Se il contributo ha per oggetto il godimento della cosa, il socio conserva la proprietà e la società usa e gode della cosa. Il diritto della società cessa al suo scioglimento. Allora il socio riprende tutti i suoi diritti, e quindi può reclamare la restituzione del proprio contributo. La società è debitrice d'un determinato corpo, e conseguentemente le si applicano i principii che governano il debito d'una cosa determinata. Essa è liberata dal caso fortuito, salvo a provare il caso fortuito che allega. Abbiamo esposto i principii al titolo delle *Obbligazioni*. L'art. 1851 li applica alla società: « Se le cose di cui sia stato posto in società soltanto il godimento consistono in corpi certi e determinati, che non si consumano coll'uso, restano a rischio del socio che ne è proprietario ». Esse stanno a di lui rischio, come spiega Pothier, nel senso che, se vennero deteriorate senza colpa dei soci, egli le riprenderà nello stato in cui si trovano, e se fossero intieramente perite, la società sarebbe liberata verso di lui dall'obbligazione di restituirle. Se le cose fossero perite o si trovassero deteriorate per colpa dei soci, la società sarebbe tenuta ad indennizzare il socio conferente, non in forza dell'articolo 1382 e seguenti, come si dice, ma in forza dell'art. 1137, perchè la responsabilità deriva da una colpa contrattuale e non da un delitto o da un quasi-delitto (2). La differenza è notevole, come abbiamo detto altrove.

271. « La società resta liberata in qualunque caso per la

---

(1) Pothier, *Della società*, n. 112. Duranton, t. XVII, p. 393, n. 393. Duvergier, p. 520, n. 425, p. 190, nn. 147-149. Pont, p. 284, nn. 403-405.

(2) Pothier, *Della società*, n. 126. Cfr. Pont, p. 272, n. 384.

perdita della cosa, quando il solo godimento siasi posto in comunione, e la proprietà sia rimasta presso il socio » (articolo 1867). Pothier ne dà la ragione. È dell'essenza della società che ogni socio vi contribuisca, vale a dire abbia una quota, e quindi non può più esservi società quando uno dei soci non ha più nulla da contribuire. Ora, se la cosa di cui ha promesso il godimento alla società perisce, egli non ha più quota, perchè ha promesso un godimento consecutivo per tutta la durata della società. Quando questo godimento diviene impossibile per la perdita della cosa, egli non ha più quota; il che importa lo scioglimento della società. Anche in questo senso si può dire che la cosa sta a rischio del socio, poichè la perdita scioglie la società e priva, per conseguenza, il socio dei beneficii che poteva ripromettersene (1).

L'art. 1867 dice che la società è sciolta, *in qualunque caso*, a differenza dell'ipotesi prevista dal primo e terzo alinea dell'articolo. Quando il conferimento ha per oggetto la proprietà delle cose, la società è risolta o meno per la perdita della cosa, secondochè la proprietà resta al socio fino a che la quota sia conferita, ovvero sia trasmessa alla società per effetto del contratto (n. 267). È la spiegazione data al relatore del Tribunato: « Se non è la proprietà stessa, ma soltanto il godimento, l'uso o i frutti della loro cosa che i soci hanno messo in comunione, non vi ha società che per questo godimento e per i frutti, nè vi ha luogo, in questo caso, a distinguere il momento in cui la cosa viene a perire. Sia essa o non sia ancora stata conferita, non avendo l'associazione per oggetto che un godimento o dei frutti, dal momento che la cosa non esiste più, che non è più possibile alcun godimento, che non vi sono più frutti da raccogliere, e conseguentemente non vi ha più alcuna quota sociale da parte di uno dei soci, è evidente che la cosa perisce a carico di colui al quale appartiene, e che, in entrambi i casi, non esiste più società » (2). Boutteville spiega in seguito perchè bisogni distinguere due casi quando è la proprietà stessa della cosa che è stata o che ha dovuto essere posta in comunione. Rimandiamo a quanto abbiamo detto testè (numero 268).

272. Quando la legge parla del contributo del godimento suppone che la società, al pari del conduttore, non abbia che un semplice diritto di credito sui frutti. Essa non prevede il caso che il socio abbia conferito l'usufrutto della cosa nella società, perchè ciò accadrà di rado. Si applicano, in questa ipotesi, i principii che la legge stabilisce per il conferimento della proprietà. Vi ha lo stesso motivo di decidere. L'usufrutto è un diritto

---

(1) POTHIER, *Della società*, n. 141.

(2) BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 2 (LOCRÉ, t. VII, p. 251). PONT, p. 274, numeri 385-387.

reale al pari della proprietà, e si trasmette per solo effetto della convenzione, salvo il caso in cui le parti ne avessero aggiornata la trasmissione. Il conferimento del socio si effettua dunque immediatamente. Per conseguenza, se la cosa viene a perire, la società non sarà sciolta, perchè il socio non è senza quota. Egli non ha promesso un godimento consecutivo alla società, ma un usufrutto, ed ha adempito alla sua obbligazione. In questo senso, la perdita colpisce la società, che perde il godimento, pur restando obbligata verso il socio. Questi prenderà parte agli utili, quantunque la società non abbia più il godimento della cosa. Ma la società non sarà tenuta ad indennizzare il socio della perdita della cosa, poichè si suppone che la cosa sia perita per caso fortuito. È sottinteso che se la cosa fosse perita per colpa dei soci, essi ne sarebbero responsabili (1).

273. I principii che reggono il contributo del godimento vanno soggetti ad eccezione nei tre casi previsti dall'art. 1851. Quando le cose il cui godimento soltanto è stato posto in società si consumano coll'uso, sono a rischio della società. In questo caso vi ha trasferimento di proprietà, sebbene il socio non abbia promesso che il godimento. Infatti, la società non può godere delle cose che consumandole, e il solo proprietario ha il diritto di consumare la cosa. Dunque la società diviene necessariamente proprietaria, e, divenendo proprietaria, i rischi stanno a suo carico. Se le cose periscono prima che siano state consumate, la perdita è per la società. La società non sarà sciolta, poichè la quota del socio è stata realizzata. Il socio avrà dunque diritto alla sua parte negli utili, e, inoltre, potrà reclamare, allo scioglimento, cose della stessa quantità, qualità e valore, o il prezzo della loro stima, se vi ha luogo (art. 587), perchè egli non ha fatto che un contributo di godimento, e quindi ha diritto alla restituzione del capitale (articoli 1851, 1867). Questa restituzione si fa come in materia d'usufrutto, la società che ha il diritto di consumare le cose, essendo, in realtà, quasi-usufruttuaria (2).

274. L'art. 1851 mette alla stessa stregua delle cose consumabili quelle che si deteriorano anche senza usarle. Queste pure stanno a rischio della società. In qual senso devesi intendere tale assimilazione? Se le cose stanno a rischio della società, quantunque il socio non ne abbia conferito che il godimento, la ragione dev'essere che la società ne è divenuta proprietaria. La legge suppone che tale sia l'intenzione delle parti contraenti. Sebbene queste cose non si consumino coll'uso che se ne fa, esse si distruggono insensibilmente, nel senso che dopo un certo lasso di tempo perdono ogni valore, e quindi gli è come se

(1) PONT, p. 271, nn. 381-384. In senso contrario, DUVERGIER, p. 520, n. 426.
(2) DELVINCOURT, t. III, nota 4 della pagina 125, e tutti gli autori.

non esistessero più. Ora, non si può ammettere che il socio, il quale promette soltanto il godimento di queste cose, voglia riprenderle, allo scioglimento della società, nello stato di deterioramento o di distruzione nel quale si trovano. Quando dunque l'art. 1851 dice che queste cose stanno a rischio della società, intende non solo che la società risponde della perdita totale, ma che anche il deterioramento è per suo conto. Il socio riprende le cose in natura; egli è creditore del valore. È una conseguenza del trasferimento della proprietà (1).

Quale è il valore che il socio riprende? È il valore al tempo in cui è stata realizzata la quota, ovvero a quello dello scioglimento della società? Se si ammette che vi ha trasferimento di proprietà, bisogna decidere che il socio diviene creditore del valore al momento in cui trasferisce la proprietà. È una specie di vendita, come nel caso in cui le cose sono consegnate alla società in base a stima. Anche Pothier dice che il socio è creditore, non delle cose stesse, ma della stima fattane (2). Egli suppone che di regola le cose saranno stimate. Se non lo sono, il principio resta lo stesso, vi sarà sempre trasferimento della proprietà, e, per conseguenza, la società sarà costituita debitrice del valore.

Il principio stabilito dall'art. 1851 conduce anche ad un'altra conseguenza. Può darsi che allo scioglimento della società le cose non siano deteriorate, che anzi siano aumentate di valore. Si domanda se il socio può riprenderle in natura. La negativa ci pare certa. Infatti, la società è divenuta proprietaria: essa è debitrice del valore; il socio non ha che un credito; egli ha perduto ogni diritto sulla cosa, il che è decisivo (3).

275. L'art. 1851 dice, in terzo luogo, che le cose di cui il godimento soltanto è stato messo in società stanno a rischio della società stessa, se sono destinate ad essere vendute. In questo caso, la traslazione della proprietà è certa. Perchè la società possa vendere, deve essere proprietaria, e, per conseguenza, le cose sono a suo rischio. Il socio non avendo fatto che un contributo di godimento, ha diritto al valore delle cose di cui la società acquista la proprietà. Questo valore è quello che le cose hanno quando viene realizzata la quota, perchè si opera una specie di vendita. Il socio è creditore del valore. Si applica quanto abbiamo detto delle cose che si deteriorano anche conservandole (4).

---

(1) Vedi, in senso diverso, DURANTON, t. XVII, p. 422, n. 409, DUVERGIER, p. 217, nn. 179 e 180, PONT, p. 277, nn. 392 e 393.

(2) POTHIER, *Della società*, n. 126. PONT, p. 279, n. 394, e gli autori che cita. In senso contrario, DUVERGIER, p. 220, n. 183.

(3) PONT, p. 280, n. 395. In senso contrario, TROPLONG, n. 590.

(4) DURANTON, t. XVII, p. 423, n. 409. PONT, p. 281, nn. 396 e 397. In senso contrario, DELVINCOURT, DUVERGIER e TROPLONG.

276. Da ultimo le cose stanno pure a rischio della società, sebbene essa ne abbia soltanto il godimento, quando vennero conferite nella società in base a stima. Abbiamo detto, altrove, che la stima vale vendita quando le parti contraenti hanno interesse a che sia così. Si suppone, in questo caso, che la loro intenzione è di trasferire la proprietà delle cose che devono essere restituite da colui che le riceve. L'art. 1851 interpreta in questo senso la stima che fanno i soci delle cose di cui mettono il godimento in società, salvo ad essi a dichiarare che la stima non vale vendita. Siccome la legge parla di *cose* in termini generali, bisogna decidere ch'essa si applica tanto agli immobili quanto ai mobili. È questa una differenza fra la società e il regime dotale (articoli 1551 e 1552). La ragione della differenza è sensibile. Le società si costituiscono per uno scopo di speculazione, e quindi importa dar loro un esteso potere sul contributo dei soci, mentre il regime dotale è essenzialmente conservatore, al punto che i fondi dotali sono colpiti d'inalienabilità, il che esclude l'intenzione di trasferirne la proprietà al marito.

Come deve farsi la stima? L'art. 1851 suppone che la stima risulti da un inventario. Tutti gli autori però sono concordi nel dire non essere questa una condizione. Essa non avrebbe ragione d'esistere. Basta che la stima si faccia di comune accordo, non importa in qual forma. Deve farsi di comune accordo, perchè è sull'intenzione delle parti contraenti che la legge si fonda per decidere che la stima vale vendita (1).

Quale è il diritto del socio? L'art. 1851 risponde che, se la cosa è stata stimata, il socio non può ripetere che l'importo della sua stima. Egli è reputato venditore, e, come tale, è creditore del prezzo.

N. 2. — Crediti dei soci contro la società.

277. « Il socio ha azione contro la società per la restituzione dei capitali sborsati per conto di questa » (art. 1852), per esempio, dice Pothier, per le spese di viaggio ch'egli ha fatto per gli affari della società. Si ammette che il socio ha diritto anche all'interesse dei capitali che ha anticipati per la società. Non vi ha alcun dubbio quando il socio ha la facoltà d'amministrare in forza d'un mandato espresso o tacito. Egli può invocare, in questo senso, l'art. 2001, a termini del quale l'interesse delle anticipazioni fatte dal mandatario è dovuto dal mandante a datare dal giorno in cui le anticipazioni sono con-

---

(1) PONT, p. 282, nn. 399-401, e gli autori che cita.

statate. Se il socio non è amministratore, agisce come gestore d'affari quando fa degli sborsi per conto della società. Può il gerente invocare l'art. 2001? Abbiamo esaminato la questione altrove (1).

Il socio ha diritto anche agli interessi degli interessi se ha dovuto pagarli per procurarsi i fondi di cui ha fatto l'anticipazione a profitto della società. La Corte di cassazione ha giudicato così in un caso in cui il socio aveva fatto un prestito mediante conti correnti sistemati ogni sei mesi, con capitalizzazione degli interessi. Si obbiettava l'art. 1154, il quale non autorizza l'anatocismo che sotto le condizioni rigorosissime ch'esso stabilisce. La Corte risponde che questa disposizione è fuori di controversia, dovendo la lite essere decisa dall'art. 1852. Ora, era constatato dalla sentenza impugnata che il socio non reclamava che il rimborso degli interessi ch'egli stesso era stato obbligato di pagare a coloro da cui li aveva presi a prestito. Si trattava dunque, non d'anatocismo, ma di anticipazioni (2).

278. Il socio ha ancora azione contro la società per le obbligazioni contratte in buona fede per gli affari sociali (articolo 1852). Si suppone che il socio abbia trattato in proprio nome, e quindi egli è personalmente obbligato verso i terzi, ma siccome ha agito per conto della società, può, se citato, chiamare in causa i suoi consoci e, se ha pagato, può ripetere.

La legge vi appone una condizione, cioè che l'obbligazione sia stata contratta in buona fede. Questa condizione è generale in tutti i rapporti dei soci fra loro, perchè questi rapporti sono essenzialmente fondati sulla buona fede. Pothier, dal quale gli autori del codice hanno tolto queste regole, dà come esempio il caso in cui il socio venda un effetto della società per conto della massa. Egli deve essere indennizzato dalla società dell'obbligazione di garanzia che ha contratto verso il compratore.

279. Infine il socio ha azione contro la società per i rischi inseparabili della sua amministrazione (art. 1852). La legge è restrittiva. Il socio non ha azione per tutti i rischi che corre; bisogna che questi rischi siano inseparabili dalla sua amministrazione e che egli non li abbia corsi che per gli affari della società. È la spiegazione di Pothier. In questo caso, egli dice, dovendo la società avere tutto il vantaggio che risulta dalla gestione, è equo ch'essa sopporti tutti i rischi. Pothier ne conchiude che, se un socio è spogliato dai ladri, ha diritto ad una indennità per le somme che aveva indosso e di cui

---

(1) PONT, p. 288, n. 413.
(2) Rigetto, 24 marzo 1869 (DALLOZ, 1870, 1, 105).

non poteva far senza, ma che la società non deve sopportare il rischio del superfluo (1).

280. In qual modo il socio esercita le azioni che ha contro la società? Secondo la nostra opinione, la società non è un ente morale, una persona detta civile, e quindi non è contro la società che il socio agisce, ma contro i soci. Tale è anche la tradizione. Pothier dice che, se la società è debitrice verso uno dei soci, ogni socio non è tenuto verso di lui che per la parte che ha nella società. Il debito si divide dunque fra i soci. Su questo punto vi ha qualche dubbio.

La regola è che, quando vi sono più debitori, il debito si divide fra di loro, a meno che non sia indivisibile o solidario. Non può essere questione d'indivisibilità, poichè si tratta di debiti di denaro. Ma si è sostenuto che i soci erano tenuti solidariamente. La dottrina (2) e la giurisprudenza si sono pronunciate per l'opinione contraria. In una prima sentenza, la Corte di cassazione invoca l'art. 1202, a termini del quale la solidarietà non può essere ammessa se non sia espressamente stipulata dalle parti o stabilita dalla legge, e nessuna legge, dice la sentenza, la stabilisce fra soci per l'esecuzione delle rispettive obbligazioni degli uni verso gli altri (3). La Corte non prevede la vera difficoltà. Questa risulta dall'art. 2002, secondo il quale ciascuno dei mandanti è tenuto solidariamente verso il mandatario. Ora, i soci sono mandatarii quando l'atto dà loro facoltà di amministrare, e, in mancanza di stipulazione, si ritiene che si siano data reciprocamente la facoltà d'amministrare l'uno per l'altro. Vi sono dunque più mandanti, e quindi essi sono tenuti solidariamente. In una seconda sentenza, la Corte di cassazione applica l'art. 1214, secondo il quale il condebitore solidario che paga il debito non può ripetere contro gli altri che la quota e porzione di ciascuno di essi (4). Il socio che paga un debito sociale si considera dunque come sia egli stesso mandante, vale a dire debitore solidario. Questo può sostenersi nel caso previsto dall'art. 1859, quando tutti i soci hanno facoltà d'amministrare. Ma se il contratto incarica uno dei soci dell'amministrazione, gli altri non hanno più la facoltà di amministrare, essi non sono più mandatarii. Se agiscono per conto della società, non si possono considerare che come gerenti d'affari, e la legge non stabilisce alcuna solidarietà fra coloro che amministrano reciprocamente i proprii affari.

L'azione dei soci dà luogo anche ad un'altra difficoltà. Se uno dei soci è insolvibile, chi sopporterà la perdita risultante

---

(1) POTHIER, *Della società*, nn. 128 e 129.

(2) POTHIER, *Della società*, n. 182. DELANGLE, n. 205. PONT, p. 295, nn. 425 e 424.

(3) Cassazione, 15 novembre 1831 (DALLOZ, 1831, 1, 352).

(4) Rigetto, 8 gennaio 1862 (DALLOZ, 1863, 1, 75. Cfr. PONT, p. 296, n. 426).

dall'insolvibilità? Nel caso in cui i soci sono considerati come mandanti, vale a dire come condebitori solidali, si applica l'art. 1214, a termini del quale la perdita cagionata dalla insolvibilità di uno dei condebitori in solido si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solvibili e sopra quello che ha fatto il pagamento. Pothier va più avanti. Egli non ammette la solidarietà fra soci, eppure insegna che la perdita risultante dall'insolvibilità deve essere sopportata da tutti i soci solvibili. Egli invoca l'eguaglianza che deve regnare fra soci. Questa eguaglianza, egli dice, non permette che il socio, creditore della società, sopporti da solo la perdita. Ciò è molto discutibile. Sarebbe un'eccezione al principio che governa i debiti divisibili; e si può ammettere un'eccezione senza un testo che la consacri? (1).

§ IV. — *Del regolamento delle quote.*

N. 1. — Quando vi ha una convenzione.

281. La legge non determina la quota dei soci negli utili e nelle perdite se non nel silenzio del contratto (art. 1853). Essa lascia, per principio, piena libertà alle parti contraenti. Tale è il diritto comune, nè occorreva proclamarlo. La legge consacra implicitamente il diritto dei soci vietando certe clausole (articolo 1855). L'eccezione conferma la regola. Lo dice Treilhard nell'*Esposizione dei motivi*: « I soci possono inserire nel loro contratto ogni clausola che non offenda nè la legge nè i buoni costumi, e la misura delle loro obbligazioni è quella che è piaciuto loro di convenire ». A primo aspetto si potrebbe credere che la più completa eguaglianza debba regnare fra i soci. Ciò è vero se s'intende l'eguaglianza proporzionale, ma il relatore del Tribunato osserva benissimo che nulla sarebbe più contrario alla vera eguaglianza di una clausola la quale, malgrado l'ineguaglianza delle quote, assegnasse una parte eguale a ciascuno dei soci. Ecco perchè la legge doveva lasciare ai contraenti il diritto di fissare essi medesimi la parte di ciascuno negli utili e nelle perdite. « È evidente, dice Boutteville, che coloro i quali costituiscono una società sono i soli che possono ben conoscere e giustamente apprezzare ciò che ciascun d'essi vi conferisce in valori reali, ma specialmente in industria, in zelo, in talento, in attività, in coraggio ». Tale è la dottrina di Domat (2).

(1) In senso contrario, PONT, p. 296, n. 425, secondo POTHIER, n. 132.

(2) TREILHARD, *Esposizione dei motivi*, n. 8 (LOCRÉ, t. VII, p. 243). BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 13 (LOCRÉ, n. 249). DOMAT, *Leggi civili*, libro I, titolo VIII, sez. I, § VI.

282. D'ordinario i soci prelevano solamente la parte negli utili. Quale sarà, in questo caso, la parte nelle perdite? Domat risponde che sarà regolata alla stessa stregua (1). È l'eguaglianza proporzionale che si ritiene voluta dai soci per ciò solo che non vi hanno derogato. Diremo più avanti entro quali limiti queste derogazioni sono permesse.

La giurisprudenza ha consacrato la dottrina tradizionale. Un atto di società dispone che l'uno dei soci percepirà il terzo degli utili e l'altro i due terzi. Si stabilisce che le anticipazioni e le spese saranno sopportate per metà. Essendosi la società trovata in perdita, gli arbitri decisero che ciascuno dei soci doveva sopportarne la metà, poichè, secondo le loro convenzioni, ciascuno di essi doveva contribuire per metà nelle anticipazioni. In appello la sentenza fu riformata. La Corte pone il principio che l'eguaglianza deve essere proporzionale; che, per conseguenza, la parte nelle perdite deve essere identica a quella negli utili, salvo ai contraenti fare convenzioni contrarie (2).

283. L'applicazione del principio ha sollevato una difficoltà. Come si deve intendere la contribuzione nelle perdite? Fu sostenuto che le quote dei soci devono essere prelevate prima della divisione degli utili e delle perdite, e se ne è conchiuso che quando le quote sono eguali e gli utili e le perdite si dividono disegualmente, questa proporzione disuguale non si applica al prelevamento delle quote. Nella specie, l'uno dei soci, avendo i due terzi negli utili, doveva sopportare i due terzi delle perdite. Il ricorso non contestava questo principio, ma pretendeva che, le quote essendo eguali, ciascuno dei soci dovesse riprenderle per metà. Siccome il fondo sociale non bastava per fare questo prelevamento, ne sarebbe risultato che ogni socio avrebbe ripreso la metà dell'attivo, e la clausola delle parti ineguali sarebbe rimasta inapplicabile. La Corte di cassazione ha confermato l'interpretazione contraria, ammessa dalla sentenza impugnata (3). È certamente l'interpretazione più naturale. Non è esatto dire che i soci prelevano le loro quote. I loro contributi entrano nell'attivo sociale, che deve essere diviso dopo lo scioglimento della società, e quindi vi ha luogo, non a *prelevare* le quote, ma a *dividerle*. Ora, la divisione si fa inegualmente, se tale è la convenzione delle parti: se la massa non basta perchè ciascun socio riprenda i suoi contributi integralmente, vi ha perdita, e la perdita si divide nella proporzione disuguale convenuta fra i soci. Dunque, nella specie, l'uno dei soci non aveva diritto che ad un terzo di ciò che restava nella massa e l'altro prendeva i due terzi. Diciamo che tale è il significato naturale della clausola, salvo alle

---

(1) Domat, *Leggi civili*, libro I, titolo VIII, sez. I, n. 5, p. 89.
(2) Amiens, 27 maggio 1840 (Dalloz, v. *Société*, n. 402).
(3) Cassazione, 11 gennaio 1865 (Dalloz, 1865, 1, 9).

parti fare convenzioni contrarie. Infatti, non vi ha realmente perdita che quando l'attivo non basta per la ripresa dei contributi. È dunque specialmente a questa ipotesi che devesi applicare la clausola relativa alla divisione della perdita. In altri termini, la perdita è la mancanza che colpisce il capitale sociale quale è stato costituito dall'atto di società. Quando vi ha un'eccedenza sul fondo primitivo, vi ha guadagno, quali che siano le perdite risentite dalla società (1).

284. Lo stesso principio deve applicarsi al caso in cui le quote sono disuguali ed è stato convenuto che i guadagni e le perdite si dividerebbero in parti ineguali. Accade che i contributi siano completamente assorbiti dalle perdite. Quantunque le quote siano eguali, le perdite si divideranno fra i soci, di modo che il socio la cui quota è maggiore perderà tutto il suo contributo. Ecco il caso presentatosi davanti la Corte di cassazione. Fra due persone si costituisce una società per il commercio dei tessuti di lana. L'una conferisce trentamila lire e l'altra ventimila, e stipulano che i guadagni e le perdite saranno divise per metà fra loro. Dopo qualche anno il fondo sociale fu assorbito, e bisognò liquidare. Il socio il cui contributo superava di diecimila lire quello dell'altro pretese che, essendo le quote perdute, aveva diritto di ripetere contro il suo consocio una somma di cinquemila lire, poichè le perdite dovevano essere sopportate per metà. Accolta dagli arbitri, la domanda fu respinta dalla Corte di Parigi, e in cassazione intervenne una sentenza di rigetto fondata sulle circostanze della causa. La convenzione, dice la Corte suprema, non autorizzava il socio che aveva conferito la quota maggiore a ripetere l'eccedente nel caso che i contributi andassero completamente perduti: ne conchiude che la sentenza impugnata non aveva fatto che apprezzare ed applicare le convenzioni delle parti. Furono censurati, ed a ragione, i motivi del decidere. Il ricorso invocava un principio di diritto. Esso sosteneva che ogni socio aveva diritto di prelevare il suo contributo allo scioglimento della società, e ne conchiudeva che la clausola della divisione eguale delle perdite era estranea alle quote, le quali erano disuguali. La perdita, per tale titolo, doveva essere sopportata proporzionalmente. Era questo un errore che la Corte avrebbe dovuto evitare. I contributi non si prelevano, si confondono in una massa comune appartenente ad entrambi i soci nella proporzione stipulata per la divisione degli utili, vale a dire per metà. Così le cinquemila lire, importo dei contributi, sarebbero state divise per metà se il fondo sociale fosse rimasto intatto. Il socio che aveva conferito trentamila lire non avrebbe avuto diritto che a venticinquemila, ed è pure questa somma

(1) DUVERGIER, *Della società*, p. 27, n. 15 e p. 258, n. 220.

di venticinquemila lire che ciascuno di loro perde quando è consumato il fondo sociale. Se l'uno perde più dell'altro, in causa dell'ineguaglianza delle quote, è questa una conseguenza logica della divisione eguale delle perdite, e la perdita consiste nei contributi che costituiscono il fondo sociale (1).

N. 2. — Delle clausole vietate.

I. — Divieti concernenti gli utili.

285. « È nulla la convenzione che attribuisce ad uno dei soci la totalità dei guadagni » (art. 1855). Pothier spiega i motivi di questo divieto: « È dell'essenza del contratto di società che le parti si propongano, nel contratto, di fare un guadagno o profitto cui ciascuno dei soci possa sperare di essere partecipe in ragione di ciò che conferisce nella società. È per questo che se, nel contratto d'una pretesa società, fosse convenuto che il profitto apparterrebbe intieramente all'una delle parti senza che l'altra potesse in nessun caso prevalersene per nulla, una tale convenzione non costituirebbe un contratto di società, e sarebbe nulla come manifestamente ingiusta. I giureconsulti romani hanno dato a questa specie di convenzione il nome di *società leonina*, per allusione alla favola del leone che, avendo fatto società con altri animali per andare alla caccia, s'impadronì da solo di tutta la preda » (2). Sarebbe la convenzione della forza colla debolezza. Ora, la violenza, dice il relatore del Tribunato, non produce mai veri diritti.

286. Il divieto della società leonina è assoluto. La convenzione sarebbe nulla anche se il socio escluso dagli utili fosse esonerato pur dalle perdite. La clausola concernente le perdite non corregge ciò che vi ha di vizioso nella clausola relativa agli utili. Sta sempre che la convenzione viola l'essenza della società, poichè non è contratta per l'interesse comune delle parti (art. 1833); anzi la clausola concernente le perdite sarebbe un nuovo vizio, perchè la legge vieta pure (art. 1855, 2.ª alinea) di esonerare uno dei soci da ogni contribuzione alle perdite (3).

287. La legge proibisce la clausola che attribuisce ad uno dei soci la *totalità* dei guadagni. Essa non vieta di ripartire i guadagni in modo ineguale. Questa diseguaglianza può avere la sua ragion d'essere, ma quand'anche non fosse giustificata

(1) Rigetto, sezione civile, 27 marzo 1861 (DALLOZ, 1861, 1, 161). PONT, p. 327, n. 460.

(2) POTHIER, *Della società*, n. 12. BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 16 (LOCRÉ, t. VII, p. 250).

(3) PONT, p. 306, n. 438, e tutti gli autori.

dai servigi che rende alla società colui che ha una parte maggiore nei guadagni, la convenzione sarebbe tuttavia valida per ciò solo che non è proibita, perchè tutto ciò che la legge non divieta è permesso. Il vantaggio risultante dalla divisione ineguale dei guadagni costituirebbe, in questo caso, o una lesione in danno di colui che avesse una parte minore, e la lesione non vizia, in generale, le convenzioni (art. 1118), o una liberalità a vantaggio del socio che avesse una parte maggiore. In quest'ultimo caso si applicherebbero i principii che governano le liberalità indirette (art. 854) (1).

Vi ha però un limite alla libertà delle parti contraenti. Esse non possono eludere le proibizioni della legge, perchè non è permesso fare indirettamente ciò che la legge proibisce di fare direttamente. Se la convenzione attribuisce ad uno dei soci una parte così minima nei guadagni da essere illusoria, avuto riguardo alla sua quota, non si può dire che la società sia contratta nell'interesse comune delle parti. Accordando ad uno di loro una parte nominale, i soci hanno voluto eludere il divieto dell'art. 1855. I tribunali potranno, in questo caso, dichiarare nulla la società, non per vizio di lesione, ma siccome fatta in frode alla legge (2).

288. Pothier soggiunge una restrizione che desume da una legge romana. Non è necessario, egli dice, che ciascuno dei contraenti debba avere, in qualunque caso, una parte nel profitto della società. Basta ch'essa possa sperare di parteciparne. Io contraggo società per la vendita delle mie pietre preziose, colla clausola, che il mio socio, incaricato di venderle, avrà per sua parte negli utili quello che eccederà la somma di diecimila lire, di modo che non percepirà nulla se il prezzo non oltrepassa la detta somma. Gli scrittori moderni ammettono questa riserva. Non è, essi dicono, la clausola riprovata dalla legge. Ciò ch'essa proibisce è l'attribuzione certa di tutti gli utili ad una delle parti. Ora, nella specie, il venditore ha una parte eventuale negli utili (3). A noi sembra dubbio. Quando la legge dice che ogni società deve essere contratta per l'interesse comune delle parti intende che ciascuna di esse abbia una parte negli utili, ma non una parte eventuale, sibbene una parte certa. Nella convenzione supposta da Pothier il socio venditore può non avere alcuna parte, quantunque abbia impiegata tutta la sua attività e la sua diligenza. Ma questa non è una società.

Le conseguenze alle quali conduce l'opinione che combattiamo

---

(1) DURANTON, t. XVII, p. 423, n. 422. TREILHARD dice in modo troppo assoluto che la differenza nel riparto dei guadagni deve essere fondata sopra una causa legittima. *Esposizione dei motivi* (LOCRÉ, t. VII, p. 243). Cfr. PONT, p. 309, n. 440.

(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 545, e nota 11, § 377.

(3) POTHIER, *Della società*, n. 13. PONT, p. 310, n. 441.

aumentano i nostri dubbi. Si insegna che la convenzione può accordare tutti gli utili ed anche i contributi al socio superstite. Il rischio aleatorio che ogni socio ha d'ottenere tutti gli utili basta, si dice, perchè la convenzione sia fatta nell'interesse comune dei soci. È sempre la stessa difficoltà. Basta l'alea del guadagno? L'art. 1855 non dice questo: esso vuole che ogni socio abbia una parte nei guadagni, ed una parte è qualche cosa di positivo, di reale. Se la convenzione può condurre al risultato che uno dei soci abbia tutto il guadagno e l'altro non abbia nulla, l'interesse non è più comune (1).

Queste clausole sono di prammatica nelle associazioni fraudolente che si fanno per ricostituire i conventi e la manomorta. È una ragione di più, ai nostri occhi, per contestarne la validità. Abbiamo detto più sopra che la giurisprudenza ha dichiarato queste pretese società radicalmente nulle (nn. 197 e 198). La clausola che attribuisce al superstite la totalità del fondo sociale è stata considerata come una delle prove della frode. Infatti, non si contraggono vere società sotto simili condizioni. Coloro che si associano seriamente cercano un beneficio certo, e non un'alea che potrebbe anche spogliarli di quanto essi conferiscono nella società. È bene che la dottrina riprovi combinazioni che si prestano alla frode.

289. Si è contestata la validità della convenzione seguente. Viene contratta una società tra un industriale ed un operaio, che contribuisce l'opera sua. Si stipula che questi sarà nutrito, alloggiato, e avrà la biancheria pulita nella casa, e che per le sue prestazioni riceverà, inoltre, milleduecento lire all'anno, o il quarto degli utili, a sua scelta. La società avendo fatto grandi guadagni nel 1830, il socio operaio dichiarò di optare per il quarto di essi. Fu sostenuto, pel capitalista, che la convenzione era leonina. Se la società avesse subìto delle perdite, si diceva, l'operaio avrebbe optato per la somma fissa di milleduecento lire, e quindi avrebbe avuto tutto il guadagno e l'industriale avrebbe subìta tutta la perdita. La Corte di cassazione respinse questa interpretazione, pel motivo che la convenzione accordava un'opzione al socio operaio soltanto tra un guadagno fisso ed uno variabile. Una simile clausola non entra nel divieto dell'art. 1855, e quindi è lecita. Quand'anche la clausola avesse avuto per possibile effetto di esonerare dalle perdite il socio che contribuiva la propria opera, la clausola non sarebbe stata viziata per questo titolo, poichè si ammette che il socio operaio può validamente stipulare che non sarà tenuto alle perdite. Ritorneremo su questo punto (2).

---

(1) DUVERGIER, p. 316, n. 263. Cfr., in senso contrario, PONT, p. 310, nn. 442 e 443.

(2) Rigetto, 7 dicembre 1836 (DALLOZ, v. *Société*, n. 421).

II. — Divieto concernente le perdite.

290. L'art. 1855 dichiara nulla anche la stipulazione per la quale i capitali o gli effetti conferiti nella società da uno o più soci venissero esentati da qualunque contributo nelle perdite. Questa disposizione deroga all'antico diritto. La convenzione che esonera uno dei soci da ogni perdita era allora considerata come valida. Pothier la giustifica con considerazioni di giustizia e di equità: « Ogniqualvolta uno dei soci porta per suo conto qualche vantaggio alla società, si può, per ricompensarnelo, convenire che sarà esonerato in parte, ed anche in tutto, dalla perdita che facesse la società. Questa clausola è equa se il valore del rischio della perdita è eguale a quello del vantaggio da lui apportato alla società ». Domat spiega in che cosa può consistere il vantaggio che il socio reca per suo conto alla società, vantaggio in considerazione del quale esso viene esonerato da ogni contribuzione alle perdite. È l'utilità del suo credito, della sua industria, delle cure ch'egli si prende, dei viaggi che fa, dei pericoli ai quali si espone. Questi vantaggi che da lui ritrae la società compensano quello ch'essa gli accorda di esonerarlo dalle perdite, ed egli ha potuto giustamente non obbligarsi che a questa condizione, senza la quale non sarebbe entrato nella società, che forse non si sarebbe formata senza di lui (1). Se la convenzione era considerata come lecita ed equa nell'antico diritto, perchè il codice l'ha proibita? Non se ne dà altra ragione che il timore dell'usura (2). Gli autori non hanno riflesso che, secondo il codice civile, l'interesse convenzionale poteva oltrepassare l'interesse legale (art. 1907) e che il divieto di un interesse superiore non data che dalla legge del 3 settembre 1807. Ponendo la clausola che esonera uno dei soci da ogni perdita alla stessa stregua della clausola che attribuisce ad uno di essi tutti i guadagni, pare che il legislatore consideri l'una e l'altra come contrarie all'essenza della società (3). Infatti, si può dire che, se ciascuno dei soci deve avere una parte negli utili, è giusto anche che ciascuno di essi sopporti una parte nelle perdite. Se il contributo di uno di essi è più considerevole, non è una ragione per esonerarlo da ogni contribuzione alle perdite, è una ragione per aumentare la sua parte negli utili, salvo a modificare la sua parte nelle perdite, perchè la proporzione fra

---

(1) POTHIER, *Della società*, nn. 20 e 75. DOMAT, *Leggi civili*, libro I, titolo VIII, sez. I, n. 9, pag. 90.

(2) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 358, n. 893. PONT, p. 320, n. 451, secondo DELVINCOURT, t. III, p. 122, nota 4.

(3) L'oratore del Tribunato chiama la convenzione del 2.° alinea dell'art. 1855 una società leonina (LOCRÉ, t. VII, p. 256, n. 19).

queste parti non deve essere assoluta, come diremo più avanti.

291. La clausola proibitiva dell'art. 1855, costituendo un'eccezione al principio della libertà delle convenzioni, deve essere interpretata restrittivamente. A termini della legge, il divieto non cade che sulla stipulazione la quale esonera da ogni contribuzione alle perdite i *capitali* o *effetti* che uno dei soci mette nel fondo sociale. Queste espressioni non sono applicabili al contributo dell'industria, donde risulta che il socio industriale può essere esonerato da ogni contribuzione alle perdite. È in questo senso che l'oratore del Tribunato spiega la legge: « Se si trovasse qualche socio la cui quota consistesse unicamente nell'industria, si potrebbe convenire di esonerarlo dalle perdite. Questa esenzione sarebbe considerata, a suo riguardo, come una parte del prezzo attribuito al suo lavoro » (1). Si vede come la spiegazione rientra in quella che Domat dava del principio dell'antico diritto (n. 296). L'eccezione concernente il socio industriale diminuisce di molto l'importanza del divieto. Così limitata, essa si avvicina alla regola tradizionale.

292. In qual senso può il socio industriale essere esonerato da ogni contribuzione alle perdite? L'esonero non è assoluto. Anzitutto l'industriale perde il suo lavoro, il che è già una perdita considerevole, poichè è stato stimato così alto da indurre ad esonerare il socio dalle perdite per l'importanza che la sua industria aveva per la società. Il socio contribuisce alle perdite anche nel senso che, se vi hanno operazioni svantaggiose le quali diminuiscono i guadagni, non può invocare la clausola per mettersi al coperto da queste perdite parziali, poichè, fino a quando rimane un guadagno, la clausola che esonera il socio dalla contribuzione alle perdite non è applicabile. Non vi ha perdita nel senso legale che quando vi è un *deficit*, quando cioè il fondo sociale non basta per pagare i debiti (2).

Dal principio che il divieto dell'art. 1855 è di stretta interpretazione segue ancora che la clausola la quale dispensa un socio dal contribuire alle perdite oltre la sua quota è valida, ed è valida per ciò solo che non è vietata. Fu giudicato che uno dei soci può essere sciolto da ogni contribuzione ai debiti eccedenti l'attivo sociale. La Corte di Parigi ha convalidato anche la clausola che esclude uno dei soci da ogni contribuzione alle perdite finchè queste non oltrepasseranno il capitale conferito dai suoi consoci (3). In una parola, dal momento che l'esonero non è assoluto, la convenzione è valida, purchè le parti non abbiano voluto eludere il divieto. Resta a sapere

---

(1) GILLET, *Discorsi*, n. 19 (LOCRÉ, t. VII, p. 256).

(2) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 358, n. 893. PONT, p. 321, n. 453.

(3) Parigi, 15 marzo 1866 e 27 luglio 1869 (*Sirey*, 1866, 2, 235, e 1870, 2, 47). Bruxelles, 24 novembre 1832 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 273). PONT, p. 320, n. 452.

se le clausole le quali derogano alla contribuzione ai debiti possono èssere opposte ai terzi creditori. Ritorneremo su questo punto.

293. Pothier esamina certe clausole le quali hanno per scopo di esonerare una delle parti dalla contribuzione ai debiti. Dobbiamo dirne una parola, perchè la soluzione che danno gli autori francesi non può essere ammessa secondo il nostro diritto. Io stipulo con un commerciante una società alla quale conferisco una somma di denaro. Dopo qualche anno vendo il mio diritto nella società ad un commerciante per la stessa somma da me conferita alla società, sotto questa condizione, che il commerciante mi restituirà la detta somma al termine della società, cogli interessi. Questa convenzione sarebbe nulla, dice Pothier, se fosse stata fatta al momento del contratto, perchè avrebbe dovuto considerarsi come un prestito simulato; ma è valida, nella specie, perchè l'intervallo che separa la società dalla vendita esclude l'idea che vi sia un patto usurario. Gli autori moderni insegnano che la convenzione è sempre valida, in qualunque tempo sia stata fatta, poichè il prestito a interesse, vietato nell'antico diritto come usura, è permesso, secondo la legge del 1807, colla restrizione, che l'interesse convenzionale non ecceda l'interesse legale. Questa restrizione viene a cadere col nostro diritto, poichè la legge del 5 maggio 1865 permette di stipulare un interesse convenzionale superiore all'interesse legale. Bisogna aggiungere che, se la convenzione è un prestito a interessi, non vi ha società, e se uno dei soci vende il suo diritto, la società è sciolta, poichè non vi ha alcun interesse comune fra il mutuante ed il mutuatario, nè fra il venditore e il compratore (1).

Pothier suppone ancora che, dopo essermi associato con un commerciante, mi faccia, in capo a qualche anno, assicurare da lui la somma che ho conferito alla società, assumendo egli il rischio della perdita dietro la cessione ch'io gli faccio di una parte negli utili. Questa convenzione è valida? Sì, nella specie, dice Pothier. È un contratto aleatorio che mi esonera da ogni perdita, ma mediante un equivalente che il mio socio riceve. Se la convenzione fosse fatta all'atto del contratto o poco tempo dopo, sarebbe nulla perchè simulerebbe un prestito usurario. Gli autori francesi insegnano, giustamente, che questa opinione di Pothier non può più essere seguita, poichè l'art. 1855, derogando all'antico diritto, proibisce la clausola che esonera uno dei soci da ogni contribuzione alle perdite. La giurisprudenza è d'accordo colla dottrina (2). Ma, nulla come società, la convenzione potrebbe essere convalidata come prestito, poichè, secondo il nostro diritto, non vi ha più prestito usurario.

294. Si può stipulare che uno dei soci avrà una parte diversa

(1) Pothier, *Della società*, n. 24. Pont, p. 323, n. 456.
(2) Vedi le citazioni in Pont, p. 324, nn. 457-459.

nei guadagni e nelle perdite? Questa quistione, molto controversa fra i giureconsulti romani, era decisa affermativamente nel nostro antico diritto. Citeremo quello che dice Domat: « È un effetto dell'ineguaglianza delle contribuzioni che può essere convenuto fra due soci che l'uno avrà maggior parte nel guadagno che nella perdita, e che l'altro, al contrario, avrà una parte maggiore nella perdita che nel guadagno, e che così, per esempio, l'uno entrerà nella società per due terzi di guadagno ed un terzo di perdita, e l'altro per un terzo di guadagno e due terzi di perdita ». Domat dà come motivo l'ineguaglianza della contribuzione: « Siccome i soci possono contribuire in vario modo, chi più, chi meno, lavoro, industria, cure, credito, denaro od altro, così essi sono liberi di regolare variamente le loro porzioni, per modo che ciascuno deve avere la sua condizione più o meno vantaggiosa, in proporzione delle differenze di ciò che essi contribuiscono ». Pothier suppone anche che il socio il quale prende nei guadagni una parte maggiore che nelle perdite rechi un vantaggio alla società e che la clausola abbia per oggetto di ricompensarnelo (1). Gli è certo che così le cose accadranno di regola. Tuttavia Pothier e Domat non dicono che sia questa una condizione di validità della clausola. La clausola è valida perchè le parti l'hanno voluta, ed esse hanno il diritto di volere tutto ciò che non è proibito. Lo stesso è a dirsi sotto l'impero del codice civile. L'art. 1855 non proibisce la convenzione di parti disuguali nei guadagni e nelle perdite, e quindi essa è lecita. Ciò che conferma questa opinione è che gli articoli 1811 e 1521 proibiscono la clausola nella soccida semplice e nella comunione. Queste eccezioni suppongono che, per regola generale, le parti possono stipulare una porzione diversa nei guadagni e nelle perdite (2).

295. L'art. 1855 dispone che la *convenzione* e la *stipulazione* vietate dalla legge sono nulle. Si domanda se la nullità della clausola importi la nullità della società. Si insegna dai più l'affermativa. La legge considera la società contratta sotto una delle condizioni previste dall'articolo 1855 come una società leonina, vale a dire come una convenzione viziata nella sua essenza. Il relatore del Tribunato dice che la convenzione la quale accordasse ad uno dei soci tutti i guadagni o lo esonerasse da tutte le perdite *non sarebbe una società.* Il contratto dunque, più che nullo, è inesistente, non potendo la convenzione della forza colla debolezza produrre alcun diritto (3). Ne consegue che le parti contraenti non hanno bisogno di domandare la nullità della società. Non si può infatti doman-

---

(1) DOMAT, *Leggi civili*, lib. I, tit. VIII, sez. I, nn. 6 e 8 (pp. 89 e 90). POTHIER, *Della società*, n. 20.

(2) Vedi le citazioni in PONT, p. 331, n. 464. Bisogna aggiungere Liegi, 21 gennaio 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 2, 165).

(3) BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 16 (LOCRÉ, t. VII, p. 250).

dare la nullità di ciò che non esiste. La società non ha esistenza agli occhi della legge; essa non produce alcun effetto. Se, ciò non ostante, il contratto è stato eseguito, i rapporti dei soci saranno regolati come se non vi fosse contratto di sorta. In realtà, non vi saranno dei soci; non vi sono che dei comunisti. Diremo più avanti quali principii governano la comunione (1).

296. L'art. 1854 prevede un caso particolare di regolamento convenzionale delle parti. Esso suppone che le parti si siano rimesse, su questo punto, all'una di esse o ad un terzo. Questa disposizione, tolta da Pothier, il quale l'ha attinta da una legge romana, è puramente teorica, perchè estranea ai nostri costumi. L'oratore del Tribunato dice che « questo abbandono all'*autorità di un solo* è favorevole in parecchie occasioni, in cui i soci non sono che collaboratori scelti e protetti dal capo della famiglia o della casa » (2). Non è nella natura della società che i soci s'abbandonino all'*autorità* di un solo, poichè l'eguaglianza è dell'essenza di questo contratto. Gli autori non citano esempi d'una simile clausola. Crediamo inutile commentare una disposizione la quale non è che storica. Basterà riportare ciò che dice Pothier. L'art. 1855 riproduce testualmente le sue parole: « Talvolta le parti non regolano esse stesse le porzioni che ciascun socio avrà, ma convengono di rimettersi al regolamento che ne sarà fatto da una data persona, od anche dall'una di esse. Questo regolamento non deve intendersi che sia un regolamento arbitrario, ma dev'essere fatto secondo le regole dell'equità. Se fosse manifestamente iniquo, la parte lesa potrebbe farlo riformare, ma, a meno che l'iniquità non fosse evidente, la presunzione sta per l'equità del regolamento, e l'una delle parti non può lagnarsene » (3). Il codice soggiunge: « Nessun reclamo è ammesso al riguardo se sono trascorsi più di tre mesi dal giorno in cui la parte che si pretende lesa ha avuto conoscenza del regolamento, ovvero se questo regolamento ha avuto da parte sua un principio d'esecuzione ».

N. 3. — Regolamento delle parti fatto dalla legge.

297. « Quando l'atto di società non determina la quota di ciascun socio nei guadagni o nelle perdite, la parte di ciascuno è in proporzione della sua quota nel fondo sociale » (art. 1853). Questa disposizione tronca una controversia che si dibatteva nell'antico diritto. Domat insegnava che, se le porzioni di guadagno e di perdita non erano regolate dalla convenzione, dovevano

(1) Vedi, in senso diverso, AUBRY e RAU, t. IV, p. 545, nota 9, § 377, e PONT, p. 332, nn. 466 e 467, e gli autori che citano.
(2) GILLET, *Discorsi*, n. 18 (LOCRÉ, t. VII, p. 256).
(3) POTHIER, *Della società*, n. 74. PONT, p. 324, nn. 468-478.

essere uguali, perchè, egli dice, se i soci non hanno fatto alcuna distinzione che dia più all'uno e meno all'altro, le loro condizioni non essendo distinte, la condizione dell'uno deve essere la condizione degli altri. Pothier si pronunciava per l'eguaglianza proporzionale (1). Gli autori del codice hanno dato la preferenza a quest'ultimo sistema, che è certamente il più equo, ma nell'applicazione dà luogo a difficoltà. Quando la quota consiste in denaro o in cose stimate, le parti proporzionali si stabiliscono facilmente, ma come calcolare, dopo un tempo più o meno lungo, il valore delle cose che uno dei soci ha conferito nella società? Gli autori hanno ricorso a presunzioni. Alcuni presumono, nel silenzio del contratto, che le parti siano uguali. Fu risposto, e giustamente, che non vi ha presunzione senza legge speciale (art. 1350), e, nella specie, anzichè esservi una presunzione d'eguaglianza assoluta, l'articolo vuole un'eguaglianza proporzionale, il che esclude la presunzione immaginata dalla dottrina. Bisogna dunque attenersi al diritto comune. L'attore dovrà provare l'ammontare della quota secondo le regole che il codice stabilisce intorno alle prove (2). Trattasi, del resto, di una difficoltà teorica. Generalmente i soci hanno cura di regolare le parti nei guadagni, perchè è questo l'oggetto principale ch'essi hanno di mira.

298. L'art. 1853 prevede una delle difficoltà che presenta il principio delle parti proporzionali. Come si valuterà la quota di colui che non conferisce che la sua industria? « A riguardo di colui che non conferisce che la sua industria, la sua parte nei guadagni o nelle perdite è regolata come se la sua quota fosse stata eguale a quella del socio che ha conferito meno ». Questa disposizione, proposta dal Tribunato, a primo aspetto stupisce. Pare ch'essa dimostri una specie di disprezzo per il lavoro industriale; eppure è l'intelligenza che fa riuscire le imprese di qualunque natura esse siano. Il relatore e l'oratore del Tribunato ci faranno conoscere il pensiero degli autori del codice. Boutteville pone la questione in questi termini: « Daremo noi la maggiore o la minore delle parti degli altri soci a colui il quale non conferisce che le sue braccia, la sua testa e il suo coraggio, e che trascura di far regolare la quota che gli sarà accordata? ». Il relatore risponde: « Se gli diamo la maggiore non incoraggieremo noi la noncuranza e l'oblio della più semplice precauzione? Non assegnandogli che la minore, gli diamo il saggio avvertimento di non trascurar mai di stipulare egli stesso i suoi interessi e di far regolare la sua posizione ». La giustificazione è molto strana. Perchè non stimare il contributo intellettuale, ciò ch'esso vale generalmente, assimilandolo alla quota più elevata, salvo agli altri soci valutarlo se l'in-

(1) DOMAT, *Leggi civili*, lib. I, tit. VII, sez. I, n. 4, p. 89. POTHIER, n. 73.
(2) PONT, p. 342, nn. 483 e 484, e gli autori in senso diverso che cita.

dustria non ha questo valore? La disposizione, come è redatta, somiglia ad una pena. Lo dice Gillet: « La quota che consiste nell'industria è calcolata come la minore, perchè, essendo la più suscettibile di stima arbitraria, il socio deve imputare a sè stesso di non averne fatto stipulare anticipatamente il prezzo » (1).

299. Si consideri la disposizione come una presunzione o come una pena, essa è sempre di stretta interpretazione. L'articolo suppone che il socio *non abbia conferito che la propria industria*. Se, oltre il suo lavoro, il socio porta un contributo in denaro od in effetti mobili od immobili, l'art. 1855 non è più applicabile. In caso di contestazione, è il socio attore che dovrà provare quale sia il valore del suo contributo. La prova si farà secondo il diritto comune. La Corte di cassazione ha giudicato così, e non vi ha dubbio (2).

300. Nella stessa causa si presentava un'altra difficoltà. Il contributo dell'industria si realizza successivamente. Il socio industriale non ha dunque diritto alla sua parte nei guadagni se non quando ha somministrato il suo lavoro pel tempo previsto dalla convenzione. Se una società contratta per dieci anni si sciogliesse dopo cinque, il socio industriale non avrebbe realizzato che la metà della propria quota, e, per conseguenza, non avrebbe diritto che alla metà della parte che la convenzione gli assegna nei guadagni. Sarebbe così anche quando la società fosse stata sciolta per una causa estranea al socio. È l'applicazione dei principii che reggono l'obbligazione di fare. Questa obbligazione non è adempiuta che quando il fatto venga prestato. Solo, nella specie, la prestazione può farsi in parte, poichè consiste in un lavoro giornaliero.

§ V. — *Dell'amministrazione della società.*

301. « In mancanza di stipulazioni speciali sul modo d'amministrare, si seguono le regole seguenti » (art. 1859). La legge non regola dunque l'amministrazione della società; essa non interviene che quando i soci hanno taciuto, ed è a malincuore e per necessità ch'essa traccia le norme che terranno luogo di convenzioni. È in questo senso che si esprime il relatore del Tribunato. « Quanto all'amministrazione del fondo sociale, dice Boutteville, come può e deve su questo punto intervenire la saggezza del legislatore? Anzitutto colla provvida precauzione di avvertire qui, come in ogni sorta di convenzioni, gli inconvenienti che il silenzio dei contraenti non manca mai di produrre;

(1) BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 14 (LOCRÉ, t. VII, p. 250). GILLET, *Discorsi*, n. 16 (LOCRÉ, p. 255).
(2) Rigetto, 14 gennaio 1865 (DALLOZ, 1866, 1, 133).

poi cercando di prevedere le clausole più usitate, supplendo, infine, con regole generali alle leggi che gli interessati hanno sempre il diritto e sovente hanno soli il mezzo, ma che troppo di sovente pure trascurano di dettarsi » (1). Il relatore avrebbe potuto dire che specialmente in materia di società soltanto le parti hanno veste per regolare la gestione degli affari sociali. I soci non possono amministrare tutti ad un tempo. Sarebbe l'anarchia. Essi devono dunque costituire un'amministrazione. Quali saranno i poteri del gerente? È questo il punto essenziale, e dà luogo ad un conflitto d'interessi. I soci possono temere che il gerente abusi dei suoi poteri, ma se li restringono in limiti troppo augusti, l'amministrazione, impotente per il male, sarà impotente anche per il bene. Occorre dunque una certa larghezza d'azione per la gestione degli affari sociali, e occorrono garanzie per prevenire l'abuso. È evidente che il legislatore non ha veste per regolare interessi che variano da una convenzione all'altra. Spetta ai soci organizzare un'amministrazione che risponda allo scopo della società ed ai diritti che si tratta di tutelare.

N. 1. — Dell'amministrazione affidata ad un mandatario.

I. — Nomina e revoca del mandatario.

302. Chi nomina l'amministratore? La società, vale a dire i soci, questo s'intende. Diciamo i soci, perchè la società non costituisce un corpo morale distinto dai suoi membri. Sono sempre i soci che agiscono. La questione sta nel sapere se basta la maggioranza dei voti o se occorra l'unanimità. A termini dell'art. 1856, possono presentarsi due ipotesi. Anzitutto una clausola speciale dell'atto di società può incaricare un socio dell'amministrazione. In questo caso, non vi ha dubbio, la nomina dell'amministratore è una delle clausole dell'atto sociale, e quest'atto è necessariamente opera di tutti i soci. Poco importa che l'amministratore nominato sia un socio, come suppone la legge, od un estraneo. In tutti i casi, egli riceve la sua nomina da una clausola del contratto, il che è decisivo. Se l'amministratore è nominato con un atto posteriore al contratto di società, occorre ancora l'unanimità dei voti per una ragione perentoria, che, cioè, la nomina di un gerente è una deroga al patto sociale. Supponendo che il contratto non contenga alcuna stipulazione sull'amministrazione, in questo caso, tutti i soci sono amministratori (art. 1859). Se in seguito, e durante il corso della società, i soci convengono di affidare l'amministrazione ad un mandatario, essi modificano le loro convenzioni

(1) BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 17 (LOCRÉ, t. VII, p. 250).

primitive. Ora, il contratto non può essere cambiato che col consenso di tutti coloro che l'hanno formato (art. 1134) (1).

303. Il gerente è revocabile? L'art. 1856 risponde alla domanda: « Il potere del socio incaricato dell'amministrazione non può essere revocato senza legittima causa finchè dura la società, ma se non è stato conferito che con un atto posteriore al con tratto di società, è revocabile come un semplice mandato ». Quale è la ragione di questa differenza? L'amministrazione è sempre un mandato, e il mandato può sempre essere revocato a beneplacito del mandante (art. 2004). La legge applica questo principio al mandato conferito posteriormente al contratto sociale, ma non l'applica al potere conferito ad un socio dall'atto di società. La ragione si è che, in quest'ultimo caso, il mandato è una clausola della convenzione che costituisce la società, e queste clausole non possono essere modificate che col consenso unanime dei soci. Questi non hanno consentito ad associarsi che sotto la condizione che la gestione fosse affidata ad uno di essi. Occorrerebbe dunque, per principio, il consenso unanime dei soci e, per conseguenza, del gerente per revocare il potere che gli è stato conferito. È quanto dire che il suo potere è, per principio, irrevocabile, come tutte le clausole del contratto sociale. Non così del gerente nominato posteriormente al contratto di società. Trattasi, veramente, di una modificazione all'atto sociale (n. 302), ma questa nuova convenzione non è un nuovo contratto di società, sibbene un semplice mandato, come dice l'articolo 1856, e quindi, come tale, revocabile (2).

304. L'art. 1856 dice che il potere del *socio* amministratore non può essere revocato che per legittima causa. Se ne deve conchiudere che se l'atto di società affida l'amministrazione ad un estraneo, il gerente è un semplice mandatario che i mandanti possono revocare quando credono? Così si insegna (3), fondandosi sul testo della legge. È vero che l'art. 1856 suppone che il gerente sia un socio, ma questa supposizione è una condizione? La cosa ci pare dubbia. Gli autori del codice hanno seguìto Pothier, il quale suppone sempre che il potere d'amministrare sia stato affidato ad un socio, perchè tale è il caso ordinario. Ma questa circostanza è indifferente per quanto riguarda la natura e il carattere del potere di cui il gerente è investito. La clausola che nomina un amministratore fa parte del contratto sociale, e bisogna credere che i soci abbiano avuto una fiducia particolare nell'ingegno e nell'attività del gerente estraneo, poichè lo hanno nominato preferibilmente ad uno dei soci. Dunque questa nomina dev'essere irrevocabile, al pari delle altre clausole dell'atto di società.

(1) Pont, *Della società*, p. 354, n. 499.
(2) Pothier, *Della società*, n. 71.
(3) Pont, *Della società*, p. 354, n. 498.

305. Pothier dice che il potere del socio gerente non è revocabile finchè dura la società. Il codice permette di revocarlo per *causa legittima*. Esso intende con ciò l'incapacità o l'infedeltà. Per principio, ogni amministratore può essere revocato quando esistono cause gravi che non permettono di continuargli l'amministrazione. I soci, nominando un gerente coll'atto sociale, non hanno certo inteso rinunciare al diritto comune. Sarebbe mettersi alla mercè di un agente incapace o infedele. Ma Pothier ha ragione di dire che il mandato del socio è irrevocabile, nel senso che non può essere revocato dai mandanti. Ciò non si concepisce nemmeno, poichè fra questi mandanti si trova il socio mandatario. Occorrerebbe dunque il concorso unanime dei soci, compreso il gerente, per metter fine al mandato. Sarebbe uno scioglimento anzichè una revoca. Quando la legge parla di revoca, intende una destituzione pronunciata dal giudice, e non l'ammette che per causa legittima. Bisogna quindi che la questione sia sottoposta al giudice; i soci non possono giudicare, poichè sono parti in causa. La questione è però controversa. Vi hanno autori i quali danno alla maggioranza il diritto di revocare; altri riconoscono questo diritto anche ad un sol socio. Crediamo inutile discutere queste opinioni che non tengono alcun conto della natura della revoca (1).

306. Come si fa la revoca del gerente che l'art. 1856 assimila ad un semplice mandatario? Anche su questo punto vi hanno dei dubbii (2). La maggioranza ha il diritto di revocare? Uno solo dei soci può revocare? Gli autori sono divisi. È certo che in questo caso non si tratta più d'una destituzione. Il gerente è revocabile come lo è un mandatario, e, a termini dell'art. 2004, il mandante può revocare la sua procura quando crede. Resta a sapere chi è il mandante. Il mandato è stato conferito da tutti i soci, poichè occorre il loro concorso unanime per derogare al contratto sociale (n. 302), e quindi occorre pure che la revoca sia fatta da tutti i soci. Invano si dice che ogni socio è mandante, perchè la divisione del mandato non si concepisce. Il gerente non deriva i suoi poteri da ciascun socio per la sua parte nella società; egli è nominato da tutti i soci, e quindi bisogna che tutti intervengano nella revoca, salvo ai soci dissidenti, quando la durata della società è illimitata, d'usare del diritto che spetta loro di metter fine alla società (art. 1869).

---

(1) POTHIER, *Della società*, n. 71. PONT, p. 358, n. 508 e, in senso diverso, gli autori che cita.

(2) Vedi, in senso diverso, PONT, p. 360, n. 511, e gli autori che cita.

II. — Poteri dell'amministratore.

307. Supponiamo che il contratto sociale taccia sui poteri del gerente. Si applicheranno, in questo caso, i principii che reggono i diritti e le obbligazioni dell'amministratore che gerisce gli affari altrui? Pothier risponde: « Il potere dell'amministratore quando le parti non si sono spiegate in proposito, contiene, per riguardo ai beni ed agli affari della società, ciò che suole contenere una procura generale che una persona dà ad alcuno per amministrare i suoi beni, perchè quello dei soci al quale è stata data questa amministrazione è come il procuratore generale dei soci per i beni ed affari della società ». L'assimilazione fra il gerente ed il procuratore generale è troppo assoluta. Vi sono atti che il gerente può fare al pari del procuratore generale. Così il gerente ha il diritto di ricevere ciò che è dovuto alla società, può citare i debitori, può pagare ciò che è dovuto ai creditori, può far convenzioni cogli operai. Pothier aggiunge che il gerente può vendere le cose dipendenti dalla società che sono destinate ad essere vendute, e non altre (1). Qui vi ha una differenza tra il gerente e il mandatario generale. A termini dell'art. 1988, « il mandato concepito in termini generali non abbraccia che gli atti d'amministrazione. Se si tratta di alienare o ipotecare, o di qualche altro atto di proprietà, il mandato deve essere espresso ». Perchè Pothier riconosce al gerente d'una società il potere di cui non gode il mandatario? Perchè bisogna tener conto dello scopo della società. Se la società è contratta per esercitare il commercio, il gerente deve necessariamente avere il diritto di comperare e di vendere, poichè è in ciò che consiste il commercio. Nominando un gerente, i soci gli danno dunque, per la natura stessa del contratto, il potere di vendere le cose destinate ad essere vendute quali che siano, tanto gli immobili quanto i mobili. Non così di un mandato ordinario. Il mandante non si propone di vendere, e quindi non ha l'intenzione di dare al mandatario il potere d'alienare. Egli lo incarica di amministrare i suoi affari. Ora, alienare non è amministrare.

Se il potere del gerente può essere più esteso che quello del procuratore generale, può darsi anche che sia meno esteso, e sempre in virtù dello stesso principio, che, cioè, per determinare l'estensione dei suoi poteri, bisogna tener conto dell'oggetto della società. Affittare è un atto d'amministrazione. Gli amministratori legali o giudiziarii hanno tutti il diritto di fare affitti d'una durata ordinaria di nove anni. Il gerente d'una società

---

(1) Pothier, *Della società*, n. 66. Pont, p. 362, nn. 515 e 516.

ha lo stesso diritto? Tutto dipende dall'oggetto della società. La Corte di cassazione ha convalidato l'affitto d'un opificio esercitato dalla società, perchè l'affitto costituiva un semplice atto d'amministrazione, ed ha confermata una sentenza la quale aveva giudicato che, sottoscrivendo una locazione di nove anni, il gerente aveva evidentemente oltrepassato i bisogni della società (1).

308. Può il gerente ipotecare gli immobili appartenenti alla società? La negativa è certa. Vi ha un testo formale che tronca la questione: « Le ipoteche convenzionali non possono essere consentite che da coloro i quali hanno la capacità d'alienare gli immobili alle medesime sottoposti » (art. 2124 e legge ip., art. 73). È in applicazione di questo principio che gli amministratori in generale non possono ipotecare, e, per conseguenza, il gerente non ha questo diritto. Nel silenzio del contratto di società, l'ipoteca non può essere costituita che da tutti i soci, poichè i soci sono proprietarii, e si devono supporre capaci d'alienare, poichè un incapace non può contrarre una società. La Corte di cassazione ha giudicato così nel caso d'una società in nome collettivo composta di due persone: la madre e il figlio. Si obbiettava che il debito pel quale l'ipoteca era consentita era personale al socio gerente. In diritto, l'obbiezione non aveva alcun valore, perchè il proprietario può costituire un'ipoteca sui suoi beni per il debito altrui. In fatto, la sentenza impugnata dichiarava che il credito d'una casa di commercio si collegava intimamente a quello del suo gerente; che, nella specie, la società, garantendo ipotecariamente il debito personale del suo gerente, si era obbligata, a dir vero, per un interesse che non era il suo, ma che tuttavia la riguardava troppo da vicino perchè non le importava di dargli una pronta e legittima soddisfazione. Si facevano altre obbiezioni egualmente insignificanti che è inutile menzionare. I principii invocati dalla Corte di cassazione vi rispondono. « Se, dice la sentenza, nel silenzio dell'atto sociale, il gerente, semplice amministratore d'una società, non può alienare nè ipotecare un immobile sociale, non esiste alcun principio nè giuridico nè razionale che possa fare ostacolo a che tali atti siano validamente consentiti dalla società stessa rappresentata da tutti i suoi soci. Infatti, una società commerciale legalmente costituita ha sui beni che compongono il suo attivo tutti i diritti della proprietà, e segnatamente quello di alienarli e di ipotecarli liberamente come potrebbe fare ogni altro proprietario » (2).

Gli immobili della società possono essere ipotecati dal gerente quando gli statuti ve l'autorizzano. Qui tutto dipende dalle

---

(1) Rigetto, 19 novembre 1839 e 7 marzo 1837 (DALLOZ, v. *Société*, nn. 476 e 477).
(2) Rigetto, 27 gennaio 1868 (DALLOZ, 1869, 1, 410).

convenzioni, e i giudici del fatto le interpretano sovranamente. Non entriamo in siffatte quistioni, perchè la soluzione differisce da un caso all'altro, secondo le circostanze della causa (1).

309. Il gerente può prendere a prestito? La questione è controversa. Alcuni riconoscono nel gerente il diritto di assumere mutui, altri glielo negano. Vi ha una opinione intermedia, secondo la quale si tratterebbe di una questione di fatto. A noi pare che il punto di sapere se la facoltà di amministrare comprenda la facoltà di assumere un prestito sia essenzialmente una difficoltà di diritto. Stando ai principii generali che reggono gli amministratori, la decisione non è dubbia. Il codice equipara il mutuo all'alienazione (articoli 457, 483). Il prestito conduce, infatti, all'alienazione forzata. È questa l'opinione di due insigni giureconsulti, Duvergier e Delangle. Però Troplong afferma essere ciò un grave errore. Egli trova nell'art. 1852 un irresistibile argomento per ritenere valido il prestito. Se un socio può costituirsi creditore della società, facendole, senza consultarla, le anticipazioni necessarie, perchè non potrebbe prendere a prestito da un terzo il denaro che deve far fronte a questa spesa urgente? Appresso Troplong limita in modo singolare la facoltà di prendere a prestito ch'egli riconosce nel gerente, per meglio dire, in ogni socio, perchè l'art. 1852 si applica al socio in generale. Bisogna, egli dice, che il gerente prenda a prestito per i *fini legittimi* della sua amministrazione. Che cosa sono questi *fini legittimi?* Troplong cita Papiniano, il quale dice che la società è tenuta ai debiti contratti da un socio quando il denaro è stato versato nei suoi affari. Qui vi ha confusione di due ordini d'idee affatto distinti. La società può essere obbligata da un atto che il gerente non ha diritto di fare, se quest'atto le ha giovato, ma in tal caso essa non è tenuta che fino a concorrenza del vantaggio che ne ha ritratto. Altra è la questione di sapere se l'atto è valido. Se il gerente ha il diritto di prendere a prestito, il mutuante avrà azione, abbia o non abbia il prestito approfittato alla società. Troplong prevede il pericolo, e vuole che il prestito sia moderato. Domanderemo nuovamente che cosa è un prestito moderato e su quale principio questa distinzione è fondata. Si dirà che il gerente ha il diritto d'alienare, se la cosa è di poco valore? No, certo. Così dev'essere del prestito. È la natura del fatto giuridico che bisogna considerare, e non l'importanza pecuniaria (2).

Se l'atto di società vieta i mutui, è sottinteso che i gerenti non potranno prendere a prestito, quand'anche vi fossero autorizzati dalla maggioranza dei soci, perchè non spetta alla maggioranza derogare al contratto sociale, ma occorre all'uopo il

(1) Rigetto, 3 maggio 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 186).
(2) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da PONT, p. 368, nn. 522 e 525.

concorso unanime dei soci. È stato giudicato che solo i soci i quali avevano autorizzato il prestito contrariamente agli statuti erano obbligati (1). La Corte d'Algeri ha deciso che il consiglio generale d'amministrazione d'una società anonima non ha il potere di contrarre un prestito in nome di questa società, se gli statuti non gliene conferiscono il diritto (2). Questa decisione si avvicina all'opinione da noi adottata. Ne risulta, infatti, che il potere d'amministrare non implica il diritto di contrarre un prestito. Vi ha una decisione formale della Corte di Douai in questo senso (3).

310. Il gerente ha il diritto di transigere e di compromettere? Su questo punto vi ha controversia, ma, a nostro avviso, la questione è decisa dal testo del codice. L'art. 2046 dice che « per transigere bisogna avere la capacità di disporre degli oggetti compresi nella transazione », e, a termini dell'art. 1003 del codice di procedura, « tutti possono compromettere sui diritti di cui hanno la libera disposizione ». Ora, il gerente non ha certo la libera disposizione delle cose sociali. Se ha il diritto d'alienare, lo ha per eccezione, quando si tratta di cose destinate ad essere vendute. Per la stessa ragione il diritto di vendere non può essere esteso alla transazione ed al compromesso. La tradizione è in questo senso. Pothier dice che il potere del socio amministratore non si estende fino al punto di abilitarlo, senza il parere dei suoi consoci, a transigere sulle liti della società, perchè questo eccede il potere anche di un procuratore generale. È vero che il gerente hà talvolta diritti più estesi del mandatario, quando cioè l'oggetto della società gli attribuisce la facoltà di vendere, ma non si può dire che l'oggetto della società sia di transigere e di compromettere (4).

311. Il gerente può stare in giudizio, sia come attore, sia come convenuto? Su questo punto vi ha un principio generale riguardo al potere degli amministratori. Essi hanno il diritto d'intentare le azioni mobiliari e possessorie, ma non hanno quello di proporre le azioni immobiliari (art. 1428, 1164). Il principio è applicabile al gerente. È questa l'opinione di tutti gli scrittori (5). Quando si tratta di un'azione ch'egli non ha diritto d'intentare, il gerente deve esservi autorizzato dai suoi consoci. È stato giudicato che la decisione vincola i soci per ciò solo ch'essi non sconfessano il gerente (6). Ciò ne sembra dubbio, ma, siccome la questione riguarda la procedura, la lasciamo da parte.

---

(1) Rigetto, 22 agosto 1844 (DALLOZ, 1845, 1, 21).
(2) Algeri, 18 maggio 1863 (DALLOZ, 1863, 5, 353).
(3) Douai, 15 maggio 1844 (DALLOZ, v. *Société*, n. 480).
(4) POTHIER, *Della società*, n. 68. Cfr., in senso diverso, gli autori citati da PONT, p. 371, n. 528.
(5) Vedi le citazioni in PONT, p. 372, n. 530.
(6) Rigetto, 14 febbraio 1859 (DALLOZ, 1859, 1, 113).

In qual modo la società deve fare la citazione quando è attrice, e in qual modo deve essere citata dai terzi che agiscono contro di essa? La soluzione dipende dal punto di sapere se la società è una persona civile. Secondo l'opinione che noi abbiamo insegnato, la società non è un ente morale distinto dai soci, e quindi sono i soci che figurano nelle cause giudiziali; donde la conseguenza che i soci devono citare ed essere citati individualmente (1).

312. Noi abbiamo supposto fin qui che non vi sia che un solo gerente, ma possono esservene parecchi. Quali sono, in questo caso, i loro poteri? Il codice distingue. Quando più soci sono incaricati d'amministrare, bisogna vedere se le loro funzioni sono o non sono state determinate. Se le loro funzioni sono state divise, ciascuno di essi ha un mandato speciale, nei limiti del quale può agire, mentre non può farlo oltre quei limiti (articolo 1857). È l'applicazione dei principii che reggono il mandato (art. 1989). Se le funzioni dei gerenti non sono state determinate, e se non è stato stipulato che l'uno non potrà agire senza l'altro, ciascuno di essi può fare separatamente tutti gli atti di questa amministrazione (art. 1857). Ciò è logico, ma bisogna confessare che è l'anarchia organizzata. Non si concepisce questo diritto d'agire per il tutto che nel caso in cui la società abbia affari in diverse località. Ogni socio agirà allora come se fosse solo amministratore, ma anche in questa ipotesi non vi ha conflitto, la divisione delle funzioni facendosi in ragione dei luoghi. Ma l'esservi in uno stesso luogo amministratori aventi ciascuno il diritto d'agire separatamente è una fonte permanente di conflitti, e per conseguenza di difficoltà e di liti. Fortunatamente non si tratta che di teoria.

« Quando siasi pattuito che uno degli amministratori non possa fare cosa alcuna senza dell'altro, uno solo non potrà, senza una nuova convenzione, agire in assenza dell'altro, quantunque questi fosse nell'attuale impossibilità di concorrere agli atti dell'amministrazione » (art. 1858). Si domanda se questa disposizione subisca eccezione in caso d'urgenza. Ci pare che il testo risponda alla questione. La legge esige una nuova convenzione anche quando il concorso dei diversi amministratori fosse materialmente impossibile. Per la stessa ragione, un'impossibilità morale, come l'urgenza, non basta perchè si deroghi al patto sociale. La questione però è controversa (2).

313. Tali sono i poteri del gerente. Escludono essi l'intervento dei soci? L'art. 1856 risponde alla domanda: « Il socio incaricato dell'amministrazione in forza di un patto speciale del contratto di società può fare, non ostante l'opposizione degli altri soci, tutti gli atti che dipendono dalla sua amministrazione,

---

(1) Pont, p. 373, nn. 532-534.
(2) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da Pont, p. 375, n. 539.

purchè ciò segua senza frode ». Per principio dunque i soci non hanno il diritto d'intervenire nell'amministrazione. Essi hanno delegato i loro poteri al gerente, e se trovano che amministra male, devono domandare la sua revoca (n. 305). La legge fa eccezione in caso di frode. Il socio che si oppone ad un atto per causa di frode deve agire giudizialmente, egli non ha veste per decidere se l'atto è fraudolento. Se il gerente resiste, vi ha contestazione e, per conseguenza, lite.

La legge suppone che si tratti di un *socio* incaricato dell'amministrazione. Dovrà dirsi per questo che i soci possono intervenire nella gestione quando il gerente è un estraneo? No, perchè essi pure sono vincolati dal mandato che hanno conferito. Ma, in questo caso, possono revocare il mandato a loro piacimento (n. 306).

N. 2. — Dell'amministrazione esercitata dai soci.

I. — Potere dei soci amministratori.

314. L'art. 1859 dispone: « In mancanza di speciali stipulazioni intorno al modo d'amministrare, si seguono le regole qui appresso: 1.° Si ritiene che i soci si siano data la facoltà di amministrare l'uno per l'altro ». Così la società, salvo convenzioni contrarie, implica un mandato d'amministrare per ciascuno dei soci. Tutti sono amministratori, in questa ipotesi. L'art. 1859 soggiunge: « Ciò che ciascuno fa è valido, anche per la parte dei suoi soci, senza il loro consenso ». È una conseguenza od una spiegazione del principio stabilito dalla legge. Ogni socio, essendo amministratore, può agire in nome di tutti; egli non ha bisogno del loro consenso, perchè hanno consentito anticipatamente dandosi il mandato reciproco d'amministrare. È un mandato tacito. La legge dice che *si ritiene* che i soci si siano dato il potere di amministrare. Queste parole *si ritiene* non indicano una presunzione, come abbiamo detto più volte. Nell'art. 1859 la cosa è certa. Si suppone che nulla siasi stipulato sull'amministrazione della società; eppure è assolutamente necessario che la società sia amministrata, poichè essa è stata contratta appunto per fare e per agire. Vi ha dunque un mandato tacito risultante dalla forza delle cose e dal diritto eguale di tutti i soci. Diciamo che la forza delle cose conduce al principio ammesso dall'art. 1859. Infatti, se ciascun socio non avesse il diritto di agire, tutti insieme dovrebbero concorrere in tutti gli atti compiuti in nome della società. Ora, questo concorso di tutte le volontà per ogni singolo atto d'amministrazione è impossibile, perchè l'amministrazione è una cosa di tutti i momenti, e quindi bisognerebbe che tutti i soci fossero sempre presenti ov'è la sede della società, altrimenti l'andamento degli affari sarebbe incessante-

mente intralciato. È inutile insistere per dimostrare essere ciò impossibile. Ecco perchè i soci si danno tacitamente mandato d'amministrare. Questa stessa necessità implica che il mandato è generale. È il potere d'amministrare, dice l'art. 1859. Dunque ogni socio è amministratore generale, e può far da solo, senza il concorso degli altri, qualunque atto d'amministrazione. Se vi sono motivi per limitare il potere dei soci, questi dovranno stipulare le debite riserve nelle loro convenzioni, ma, pel fatto solo che non pongono riserva alcuna, il mandato resta generale. Non vi ha altro limite che la durata della società e la natura degli atti che i soci vogliono porre in essere.

315. Che il potere d'amministrare non possa eccedere la durata della società, è cosa evidente, e sarebbe inutile dirlo, se una Corte d'appello non vi si fosse ingannata. Nella specie, uno dei soci era morto, il che importava lo scioglimento della società. Gli eredi del socio premorto liquidarono senza il concorso del socio superstite. Questo procedimento fu approvato dalla Corte d'Angers, senz'altro motivo che l'art. 1859, il quale, dice la sentenza, permette a ciascun socio d'agire, con l'effetto che quello che ciascuno fa diviene valido per l'altro, senza il di lui consenso, quando non abbia manifestato la propria disapprovazione in tempo utile. Sul ricorso intervenne una sentenza di cassazione. L'art. 1859, dice la Corte, non ha forza che durante la società; esso non autorizza gli eredi di un socio ad agire senza il concorso del socio superstite (1).

316. La Corte di cassazione soggiunge che la sentenza impugnata violava l'art. 1859 anche sotto un altro rapporto. La legge non ammette il mandato tacito che per gli atti d'amministrazione, e la liquidazione è un atto d'altra natura. Vi hanno dunque atti che i soci amministratori possono fare; ve ne hanno altri che non possono fare. Quale è la linea di demarcazione? La Corte suprema dice che i soci non possono fare che i *semplici atti d'amministrazione*, la legge invece che essi hanno il potere d'*amministrare*. Il testo è dunque meno restrittivo della sentenza. Bisogna stare ad esso e porre come principio che i soci, nel caso dell'art. 1859, possono compiere tutti gli atti d'amministrazione. Il potere del socio amministratore è dunque, in massima, quello stesso del gerente, e bisogna, per conseguenza, applicare ai soci che amministrano quanto abbiamo detto degli amministratori investiti di mandato espresso (n. 307). Però l'assimilazione non è completa. Il potere del socio, amministratore in forza di un mandato tacito, è più ristretto che quello del gerente.

317. Vi è una prima restrizione sulla quale non può cader dubbio. Essa è formulata come segue dall'art. 1859. Dopo aver detto che quanto ciascuno compie è valido, per la parte dei suoi

---

(1) Cassazione 4 febbraio 1852 (Dalloz, 1852, 1, 82).

soci, anche senza il loro consenso, la legge soggiunge: « Salvo il diritto che hanno questi ultimi, od uno di loro, di opporsi all'operazione prima che sia conchiusa ». Quando i soci hanno affidato l'amministrazione ad un gerente, non possono fare opposizione agli atti che il gerente ha diritto di fare come amministratore. Essi hanno delegato il loro potere, e quindi non possono esercitarlo intervenendo nella gestione mediante un'opposizione. Quando i soci non hanno nominato un gerente, si sono riservati il potere d'amministrare, e questo potere è identico per tutti. Se dunque uno vuol fare un'operazione e l'altro non voglia farla, il primo non potrà procedere oltre. Infatti, tutti hanno lo stesso diritto; il loro potere è identico, e quindi il diritto di colui che si oppone all'operazione è eguale al diritto di colui che vuol farla. La conseguenza è che l'operazione non può farsi poichè il diritto dell'uno neutralizza quello dell'altro. La legge stabilisce una sola condizione per l'esercizio del diritto d'opposizione: il socio deve farla prima che l'operazione sia conchiusa. Se si tratta d'una convenzione, essa sarà valida dal momento che vi sarà concorso di consenso del socio e dei terzi, e quindi tutto è consumato. Vi ha un diritto acquisito per il terzo che ha contrattato col socio, e d'altra parte questi ha usato del suo diritto, ha fatto ciò che poteva fare in forza della legge e della convenzione tacita delle parti. Dunque l'atto è valido e deve essere mantenuto per applicazione del principio che la legge convalida e sanziona gli atti conformemente alle sue disposizioni (vol. I, n. 34). Invano un socio si opporrebbe a che l'operazione fosse eseguita. La sua opposizione è tardiva; il suo diritto non è più uguale a quello del socio che ha agito; egli può ben arrestare l'operazione, ma non può disfare ciò che è stato legalmente compiuto. Non resta ai soci opponenti che impugnare l'atto d'amministrazione ch'essi disapprovano. Quantunque fatta nei limiti del diritto del socio, l'operazione può essere cattiva. Ora, se il socio ha potere d'amministrare, egli è pure responsabile delle colpe che commette, perchè deve amministrare come un buon padre di famiglia (n. 253).

318. Quale è l'effetto del diritto d'opposizione? Quando è esercitato in tempo opportuno, prima che l'operazione sia consumata, il socio che voleva agire deve arrestarsi. Se passa oltre, malgrado l'opposizione, quanto fa è nullo, perchè ha agito senza diritto. Non vi ha alcun dubbio al riguardo nei rapporti dei soci fra loro. Ma l'atto sarà nullo anche rispetto ai terzi? Qui bisogna distinguere. L'art. 2009 dispone che le obbligazioni contratte dal mandatario sono valide a riguardo dei terzi di buona fede, quand'anche il mandatario avesse agito senza diritto. Gli è così specialmente quando il mandato fu revocato ed i terzi hanno contrattato ignorando la revoca (articolo 2005). Questo principio è applicabile agli atti compiuti dal socio amministratore. Egli ha il potere generale d'agire in forza della legge, eccetto il caso d'opposizione e quindi i terzi de-

vono ritenere la validità delle sue obbligazioni finchè il socio opponente non notifica loro la propria opposizione, o finchè essi non hanno per altra via conoscenza della medesima. Non già che in conseguenza dell'opposizione si abbia una revoca propriamente detta del mandato del socio (1). Il mandato tacito non può essere revocato, poichè risulta dal contratto di società, e questo contratto non può venir modificato dall'una delle parti contraenti. Ma vi ha un motivo d'analogia che basta per mantenere l'atto a riguardo dei terzi. L'opposizione ha per effetto di neutralizzare l'azione del socio che vuol fare l'operazione. È un'eccezione al potere del socio risultante dall'esercizio dell'uguale diritto dell'opponente. Perchè il terzo sia vincolato dall'opposizione, bisogna che la conosca. Se la ignora, egli si trova in presenza di un socio che ha diritto d'agire a suo riguardo, e quindi l'atto quanto a lui deve essere valido.

319. L'opposizione è perentoria, ovvero il socio contro il quale è diretta può sottoporre la difficoltà all'assemblea generale dei soci, e questa può decidere, a maggioranza di voti, che l'operazione si farà? L'affermativa è insegnata da tutti gli scrittori, salvo il dissenso di Pâris (2), e la giurisprudenza si è pronunciata nello stesso senso (3). Vi ha un motivo di dubitare. La legge non prevede la quistione, e quindi essa va decisa secondo i principii generali che governano la società. Nel silenzio del contratto, qual'è la condizione dei soci? L'art. 1859 risponde doversi ritenere ch'essi si siano dati reciprocamente il potere d'amministrare l'uno per l'altro. Questo potere è assoluto, e non può essere limitato dalla maggioranza, perchè si derogherebbe in tal modo alle leggi fondamentali della società, e la maggioranza non ha un tal diritto, come diremo più avanti. Su ciò non vi è contestazione. In che cosa consiste il potere assoluto dei soci? La legge risponde che ciascuno ha il diritto d'agire senza avere ottenuto prima il consenso degli altri soci, ma che ciascuno di questi può, alla sua volta, opporsi all'operazione. Anche questo diritto d'opposizione è assoluto, perchè costituisce l'esercizio del potere d'amministrare spettante a tutti i soci. Se il diritto d'agire non può essere limitato dalla maggioranza, non potrà esserlo neppure il diritto d'opporsi, perchè si tratta sempre dell'istesso diritto.

Tale è precisamente il nostro avviso. Che cosa si dice in favore dell'opinione generale? Quello che afferma Troplong non ha gran valore. Ogniqualvolta un'aggregazione di persone si è costituita in corpo morale, la maggioranza prevale alla minoranza. Ciò suppone che la società sia una persona civile. Ora, su questo punto, la negativa ne sembra certa. Lo stesso

(1) Pont lo dice, p. 384, n. 557.
(2) Vedi le testimonianze in Pont, p. 387, n. 563 e seg.
(3) Cassazione, 10 marzo 1841 (Dalloz, v. *Société*, n. 232).

Troplong ammette alla regola una eccezione sulla quale dovremo ritornare. Egli la applica soltanto agli atti d'amministrazione, non già alle modificazioni del patto sociale. Ora, nella specie, non si tratta di sapere se un certo atto d'amministrazione sia utile, ma se il socio che vi si oppone ne abbia il diritto, e se deriva questo diritto dal patto sociale. È dunque in causa precisamente il patto sociale (1). La maggior parte degli autori invocano ragioni d' utilità. Delangle stabilisce benissimo che, a meno di condannare la società alla più precaria esistenza, non si può ammettere che la volontà di tutti abbia a piegarsi davanti la volontà di un solo, che le operazioni più vantaggiose siano impedite da una opposizione inintelligente, assurda. E se questo socio persevera nella sua resistenza, che cosa diverrà la società? È nell'interesse di questa che le parti si danno mutuamente facoltà di agire e di opporsi a che si agisca, e quindi spetta alla società, vale a dire alla maggioranza, il decidere (2). È inutile continuare questa vivace censura, perchè è una vera censura del sistema che il testo della legge par che consacri. Non si può spiegare la teoria del codice se non colla considerazione, che la legge statuisce nel silenzio delle parti, e suppone che, per poca importanza abbia la società, le parti regoleranno il modo d'amministrare.

320. Gli autori i quali ammettono che la maggioranza può vincere la resistenza d'uno o più soci trattandosi di atti d'amministrazione, non le riconoscono il potere di modificare le clausole del patto sociale. Non potrebbe esservi dubbio su questo punto, poichè è l' applicazione del principio elementare scritto nell'art. 1134: « Le convenzioni legalmente formate tengono luogo di legge per coloro che le hanno fatte. Esse non possono essere revocate che col loro mutuo consenso ». Dunque tutti coloro che concorsero nell' atto sociale devono consentire alle modificazioni che gli si vogliono apportare, perchè esse implicano una revoca parziale della legge del contratto. La dottrina (3) e la giurisprudenza (4) sono concordi.

Le parti interessate hanno tentato un altro modo di convalidare atti nulli in forza delle loro proprie convenzioni. Esse hanno chiesto ai tribunali l'omologazione delle loro deliberazioni. La Corte di Bruxelles ha giudicato assai rettamente che i tribunali non hanno diritto di modificare i contratti. Come potrebbe il giudice attentare alla irrevocabilità delle convenzioni quando egli stesso è vincolato da queste convenzioni ed ha il mandato d'assicurarne l'adempimento? (5).

---

(1) TROPLONG, *Del contratto di società*, n. 721.
(2) DELANGLE, nn. 129-132. DUVERGIER, p. 338, n. 286.
(3) Vedi gli autori citati da PONT, p. 385, n. 562.
(4) Vedi le sentenze citate da AUBRY e RAU, t. IV, p. 563, nota 9, § 382.
(5) Bruxelles, 23 aprile 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 99).

Non vi ha che un mezzo legale per i soci di modificare i loro statuti con deliberazioni prese dall'assemblea generale a maggioranza di voti, ed è di stipulare questa clausola nell'atto di società. I cambiamenti si fanno allora in forza della volontà stessa delle parti contraenti. Il caso si è presentato davanti la Corte di Bruxelles. Lo statuto conteneva una clausola così concepita: « I presenti patti non potranno essere modificati che nell'assemblea generale degli azionisti rappresentanti almeno i tre quarti delle azioni. Le deliberazioni sono prese a maggioranza dei tre quarti dei presenti ». Un'assemblea generale modificò, conformemente a questa disposizione, l'art. 1, a termini del quale il fondo sociale era stabilito in un milioneduecentomila lire rappresentato da duemilaquattrocento azioni. In forza della nuova convenzione, il fondo sociale era indeterminato e rappresentato da duemilaquattrocento azioni senza fisso valore. Uno degli azionisti, la società generale, contestò la validità di questo cambiamento, che alterava, infatti, le basi stesse della società. Il reclamo venne respinto, ed a ragione. La Corte comincia a stabilire che la nuova convenzione non andava oltre la volontà delle parti, quale trovavasi manifestata dagli statuti primitivi. È quanto dire che l'assemblea generale aveva il potere che le si contestava. Infatti la clausola era concepita nei termini più ampii e generali. Dal momento che l'assemblea poteva modificare gli statuti, bisognava bene riconoscerle il diritto di modificarli tutti (1).

321. Supponiamo che sia riconosciuto in diritto, che l'assemblea generale ha il potere di decidere, sia sopra una questione amministrativa, sia sopra una modificazione degli statuti. Nuove difficoltà si presentano riguardo alla formazione della maggioranza. Si domanda anzitutto se occorra la maggioranza assoluta, ossia la metà dei voti più uno, ovvero se basti la maggioranza relativa. Sta il principio che in ogni assemblea deliberante è richiesta la maggioranza assoluta per la validità delle decisioni. Rimandiamo a quanto dicemmo al titolo della *Tutela* (vol. IV, n. 461). Gli è solo per eccezione che la legge si contenta della maggioranza relativa, e siccome, nella specie, la legge è muta, si rimane sotto l'impero dei principii generali. Fu sostenuto che, qualora vi fossero più di due opinioni, bisognerebbe rimettersi alla decisione dei tribunali. I tribunali non possono intervenire che quando vi ha contestazione. Se si pretendesse, per esempio, che basta la maggioranza relativa, la questione dovrebbe essere risolta dall'autorità giudiziaria; ma i giudici non potrebbero intervenire per decidere se la fatta proposta debba o no essere accettata. È una questione che concerne il contratto, e i tribunali non hanno alcuna veste per contrattare in nome delle parti.

---

(1) Bruxelles, 11 novembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 10). Cfr. Lione, 9 gennaio 1870 (DALLOZ, 1871, 2, 111).

Fu sostenuto ancora che bisognava applicare, per analogia, l'art. 171 del codice di procedura, così concepito: « Quando non si ottenga la maggioranza assoluta per la diversità delle opinioni, due di queste, qualunque siano, vengono messe ai voti per escluderne una. La non esclusa è messa di nuovo ai voti con una delle restanti, per decidere quale debba essere eliminata, e così di seguito finchè le opinioni siano ridotte a due, sulle quali i giudici votano definitivamente ». La pretesa analogia non esiste; anzi vi ha una differenza capitale fra la condizione d'un tribunale e quella dei soci. Il tribunale deve giudicare, sotto pena pei giudici, di vedersi condannati come colpevoli di denegata giustizia (art. 4); mentre se i soci, riuniti in assemblea generale, non riescono ad intendersi, e se non si forma una maggioranza, la conseguenza sarà semplicissima. La proposta sulla quale si è deliberato non avendo ottenuto la maggioranza assoluta, s'intenderà respinta (1).

322. Anche gli scrittori sono divisi sul punto di sapere quale sia l'effetto della divisione dei voti. La nostra opinione risulta già da quanto abbiamo detto testè. In caso di divisione, non vi ha maggioranza, e quindi la proposta è a reputarsi respinta. Fu sostenuto che la questione dovesse essere portata davanti ai tribunali. L'astensione, si dice, non potrebbe essere la regola, perchè è della natura della società d'agire e non di astenersi. Indubbiamente nessuno si mette in società per non far nulla; ma i giudici non possono costringere le società ad agire quando non vogliono, e, legalmente, esse non vogliono quando non vi ha maggioranza. L'intervento dell'autorità giudiziaria si tradurrebbe nell'imporre una convenzione ai soci, il che è contrario ai i più elementari principii di diritto (2).

323. 2.° L'art. 1859 contiene una seconda regola così formulata: « Ciascun socio può servirsi delle cose appartenenti alla società, purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall'uso, e non se ne serva contro l'interesse della società, o in modo da impedire a' suoi consoci di valersene secondo il loro diritto ». Il diritto individuale di ciascun socio è subordinato all'interesse generale della società, e deve conciliarsi coll'eguale diritto degli altri soci. Tale è il principio. Non accenneremo alle sue applicazioni, perchè non ne troviamo alcuna nella giurisprudenza. Gli esempi che gli autori tolgono da Pothier (3) appartengono alla scuola, ed è inutile riprodurli. Facilmente si comprende perchè questa disposizione dell'art. 1859 non trovi applicazione. Le cose che fanno parte dell'attivo sociale sono destinate allo scopo comune; il che esclude il diritto individuale di ciascun socio.

---

(1) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da PONT, p. 389, n. 567.
(2) Vedi in senso diverso, gli autori citati da PONT, p. 387, n. 564.
(3) POTHIER, *Della società*, nn. 84 e 85. DUVERGIER, p. 420, n. 360. PONT, pp. 391, 392, nn. 570-573.

324. 3.° La terza regola stabilita dall'art. 1859 così si esprime: « Ciascun socio ha diritto di obbligare i proprii consoci a concorrere con lui alle spese necessarie per la conservazione delle cose della società ». Si tratta di spese che la dottrina chiama necessarie o di conservazione perchè senza di queste le cose perirebbero. È dunque la spesa che le conserva. È massima che ogni amministratore ha diritto di fare gli atti conservativi, e i soci devono avere lo stesso diritto quando sono amministratori. Perchè possa parlarsi di spese di conservazione bisogna che la cosa esista e che la società abbia un utile a conservarla. In questo senso si pronuncia il Pothier: « Se, egli dice, vi sono fabbricati i quali abbiano bisogno di riparazioni, ogni socio può obbligare gli altri a concorrere con lui in dette riparazioni, e a consentire all'uopo i contratti da lui progettati cogli operai ». L'art. 1859 non sarebbe dunque applicabile se il capitale sociale fosse diminuito e se, per ricostituirlo, occorresse ricorrere ad una nuova domanda di versamento. Non si tratterebbe allora di un atto di conservazione nel senso tradizionale attribuito alle spese necessarie, ma piuttosto di un cambiamento portato al patto sociale, poichè i soci sarebbero obbligati ad aumentare le loro quote. Non spetta certo ad uno dei soci obbligare gli altri ad un sacrificio ch'essi non intendevano fare all'atto della costituzione della società. Rettamente la Corte di Lione ha giudicato che la formazione del capitale sociale è una delle condizioni essenziali del contratto di società, e che il capitale, una volta formato, non può essere modificato che dal consenso di tutti i contraenti. Invano si direbbe che una domanda di fondi è necessaria per conservare quello che resta del capitale o delle quote. La Corte risponde che una domanda di fondi implica un aumento del capitale primitivo, e quindi un aggravamento delle obbligazioni consentite dai soci nel patto statutario. Una simile modificazione eccede ciò che si chiama una spesa necessaria, e non può farsi che per volontà di tutti i soci, a meno che il patto stesso non autorizzi la maggioranza o il consiglio d'amministrazione a fare una domanda di nuovo versamento (1).

325. 4.° L'art. 1859 stabilisce anche una quarta regola sul potere dei soci quando amministrano nel silenzio del contratto: « Uno dei soci non può fare innovazioni sopra gli immobili dipendenti dalla società, ancorchè le pretenda vantaggiose alla stessa, se gli altri soci non vi acconsentano ». Pothier dà come esempio il fatto d'innalzare costruzioni sopra un terreno comune. Nel linguaggio tradizionale si chiamano spese utili o di migliorìa. È raro che il maggior valore risultante dai lavori equivalga alla spesa, e quindi simili innovazioni non possono farsi che dal proprietario, e, in caso di società, da tutti i soci. La maggio-

(1) Lione, 9 gennaio 1870 (DALLOZ, 1871, 2, 111). Cfr. DUVERGIER, p. 423, n. 363. PONT, p. 393, n. 576.

ranza non avrebbe diritto d'autorizzare queste innovazioni, perchè la proprietà non è della maggioranza, ma di tutti i soci. Ecco perchè l'art. 1859 esige il consenso degli *altri soci* (1).

Il diritto che il n. 3 dell'art. 1859 accorda ai soci può trovarsi in conflitto col divieto d'innovare pronunciato dall'articolo 1859, n. 4. Ecco un caso presentatosi davanti la Corte di Tolosa. Uno dei soci apre una porta per facilitare l'uso della cosa comune, e l'altro pretende essere questa una innovazione vietata dalla legge. Vi ha innovazione nel senso volgare della parola, ma non è in questo senso che bisogna intendere l'espressione quando si tratta di determinare il diritto d'un socio. La Corte dice benissimo che l'art. 1859, n. 4, si applica solo ai cambiamenti che tendono ad alterare la natura della cosa comune, e non a quelli che, conservando alla cosa il suo stato e la sua destinazione, non hanno per oggetto che di agevolare ad uno dei soci l'uso ch'egli ha il diritto di farne. La Corte applica poi questo principio alla specie e decide che non vi era innovazione (2).

326. Dopo avere enumerato i diritti dei soci quando amministrano nel silenzio del contratto, il codice soggiunge (art. 1860): « Il socio che non è amministratore non può nè alienare nè *impegnare* le cose, benchè mobiliari, che dipendono dalla società ». Questa disposizione dà luogo a diverse controversie. Si domanda anzitutto che cosa intenda la legge colla parola *impegnare*. L'espressione è d'ordinario sinonimo di *obbligare*. È in questo senso che gli articoli 2092 e 2093 (legge ip., articoli 7 e 8) dicono: « Chiunque è obbligato personalmente è tenuto ad adempiere ai propri *impegni* con tutti i suoi beni mobili ed immobili. I beni del debitore sono il *pegno* comune de' creditori ». Il socio, amministratore in forza dell'art. 1859, ha diritto d'impegnare i beni della società? A nostro avviso, l'affermativa non è dubbia, poichè sta scritta nel testo della legge. Infatti, il socio può amministrare; può dunque obbligare la società, e quindi impegnare i suoi beni. Egli può obbligare i suoi soci anche per le spese necessarie, e quindi obbliga i beni della società, poichè il pegno che colpisce i beni è inseparabile dall'obbligazione personale. Ne consegue che la parola *impegnare*, nell'art. 1859, non può applicarsi alle obbligazioni personali che hanno per conseguenza d'impegnare i beni del debitore, e, nella specie, il debitore è la società, e quindi tutti i soci.

L'art. 1860 proibisce al socio che non sia amministratore d'*alienare*, ma poi soggiunge subito *e d'impegnare*. La legge intende dunque proibire ogni atto di disposizione, tanto una vendita quanto

---

(1) POTHIER, *Della società*, n. 87. DUVERGIER, p. 381, n. 321. PONT, p. 394, numero 578.

(2) Tolosa, 30 maggio 1828 (DALLOZ, v. *Société*, n. 527).

ogni concessione di diritti reali. La legge si serve ordinariamente della parola *ipotecare* per esprimere questo concetto, ma, nella specie, non poteva usarla, perchè essa estende il diritto alle cose mobiliari. Ora, non si ipotecano i mobili, sebbene si possano dare in pegno. La legge dunque vuol dire che il socio non può fare atto di proprietà, sia alienando le cose mobili od immobili appartenenti alla società, sia gravandole di diritti reali. Perchè il socio non amministratore non ha il potere di disposizione? Abbiamo già più volte risposto alla domanda, stabilendo il principio che il diritto di disporre d'una cosa appartiene soltanto al proprietario, poichè costituisce uno degli attributi del diritto di proprietà (art. 544) (1). Ora, il socio non è proprietario esclusivo, tutti i soci essendo comproprietarii, e quindi tutti devono consentire all'alienazione.

327. Se l'art. 1860 non vuol dire altra cosa, esso è affatto inutile, poichè non fa che dedurre una conseguenza la quale già risulta dall'art. 544. Noi non crediamo che la legge voglia stabilire una differenza fra il socio non amministratore e il socio gerente. I termini stessi della legge manifestano l'intenzione del legislatore: « Il socio *che non è amministratore* ». Queste parole implicano una restrizione. Quale? L'art. 1860 è una continuazione dell'articolo 1859, il quale suppone che l'atto sociale non nomini alcun amministratore. In questo caso, i soci si danno mandato d'amministrare, senza che abbiano la qualità d'amministratori. Gli è parlando di questi soci che amministrano in virtù dell'art. 1859 che la legge dice non aver essi il potere di disporre delle cose mobili od immobili che dipendono dalla società.

Rimane a sapere quale differenza la legge ha inteso stabilire fra il socio amministratore o gerente e il socio che amministra senza essere tale. Dicendo che quest'ultimo non può alienare, l'art. 1859 vuole affermare che il primo ha diritto di disporre degli effetti sociali? No, certo: sarebbe un argomento *a contrario* della peggior specie, poichè ne risulterebbe che colui il quale non è proprietario, ma semplice gerente, ha facoltà d'alienare. Su questo punto non potrebbe esservi dubbio. Ma se nè il socio gerente nè il socio che amministra in virtù dell'articolo 1859 possono alienare, perchè la legge oppone l'uno all'altro? Pothier dà la soluzione della difficoltà. Egli stabilisce, come quarta massima relativa al diritto dei soci, la regola che segue: « Un socio non può alienare nè impegnare le cose dipendenti dalla società se non per la propria quota ». Ecco l'articolo 1860, salvo che il codice precisa la regola limitandola al socio amministratore in vista dell'art. 1839. Questo era pure, come diremo, il concetto di Pothier, ma la legge non aggiunge che il socio possa alienare la sua parte. Vedremo più avanti in qual senso il socio possa alienare la propria quota. La legge

(1) Vedi quanto si è detto al titolo dell'*Assenza* (vol. II, nn. 178 e 179) e al titolo del *Contratto di matrimonio* (vol. XXII, nn. 162-165).

non permette al socio di vendere il suo diritto indiviso sulle cose sociali. Pothier continua: Un socio non può alienare nè impegnare le cose dipendenti dalla società nella sua sola qualità di socio. Ma lo potrebbe se fosse amministratore dei beni della società? Pothier rimanda, sulla quistione, a quanto ha detto in un capitolo precedente. Nel paragrafo cui Pothier fa richiamo si tratta *delle clausole che concernono l'amministrazione della società*, il che suppone che l'atto sociale abbia nominato un gerente. Infatti lo scrittore dice: « Talvolta, nel contratto di società, si conferisce ad uno dei soci l'amministrazione dei beni e degli affari della società ». Quali sono i poteri di questo socio amministratore in quanto riguarda il diritto di disporre? Pothier risponde ch' egli può alienare le cose dipendenti dalla società che sono destinate ad essere vendute, e non altre (1). Noi abbiamo spiegata questa distinzione più sopra (n. 307). Così il principio, rispetto al socio gerente, è ch'egli non possa disporre delle cose sociali se non quando queste siano destinate ad essere vendute. Ecco dunque la differenza che Pothier stabilisce fra il socio gerente e il socio non gerente che amministra in mancanza d'amministratore. Questi non può mai alienare, mentre l'altro può vendere le cose che sono destinate ad essere vendute. L'art. 1860 consacra tale dottrina, perchè riproduce quasi testualmente le parole di Pothier. Si domanderà quale sia la ragione di una simile distinzione. Vi hanno cose destinate ad essere vendute. Il socio gerente può alienarle, mentre il socio che amministra nel caso prescritto dall'art. 1859 non ha facoltà di disporne. Sarà dunque necessario il concorso di tutti i soci per effettuare l'alienazione. Vi ha egli un motivo di questa differenza? Si. Quando si abbiano cose destinate ad essere vendute e l'atto di società nomini un amministratore, il gerente ha potestà di alienarle, perchè tale è il volere dei soci. Essi delegano i loro poteri ad un gerente appunto per la vendita. Se non nominano un gerente, vuol dire che riservano a ciascuno di loro il diritto d'amministrare. Ne risulterà forse che ognun d'essi avrà il diritto d'alienare? È impossibile. Come mai più soci venderebbero nello stesso momento la medesima cosa a persone diverse? Poichè a questo condurrebbe il diritto di disporre se fosse accordato ai soci non gerenti. Ciò significa che i soci non gerenti non possono avere ciascuno il diritto d'alienare, ma debbono accordarsi fra loro (2).

È prevalente l'opinione contraria. Si ammette che i soci i quali amministrano in virtù dell'articolo 1859 possono alienare le cose destinate ad essere vendute. Secondo questa opinione, le parole *che non è amministratore* non hanno più senso; esse vanno cancellate dal codice. Non basta. Anche can-

(1) POTHIER, *Della società*, nn. 89 e 66.
(2) AUBRY e RAU, t. IV, p. 563, nota 5, § 382 (IV ediz.).

cellandole, la disposizione non si spiega. Se, come si pretende, essa limitasi ad applicare un principio generale, è inutile, e non dovrebbe trovarsi dopo l'art. 1859 (1). Non si sa, in sostanza, che cosa fare di questa disposizione. La giurisprudenza ha poca autorità nella presente materia. Vi ha una sentenza della Corte di Rennes, confermata dalla Cassazione, la quale permette ad uno dei soci d'alienare certi immobili stati acquistati per essere venduti. Entrambe le decisioni sono appena motivate. Vi ha un'altra sentenza della stessa Corte che giudica in senso contrario, per la ragione che, non essendo alcuno dei soci proprietario per l'intero, nessuno ha veste per trasmettere la proprietà della cosa (2).

Il relatore del Tribunato dà un'altra spiegazione dell'art. 1860. Egli rileva come le parole *che non è amministratore* suppongano che l'atto di società abbia nominato degli amministratori. In tal caso, quelli dei soci che non siano amministratori non possono disporre (3). Questa interpretazione è inammissibile. Essa non tiene alcun conto della tradizione, nè del posto che occupa l'art. 1860, e si risolve nel far dire alla legge una vera sciocchezza. I soci nominano un gerente nell'atto sociale, e quindi gli delegano il potere di alienare le cose destinate ad essere vendute. Avendolo delegato, va da sè che non possano più esercitarlo. Occorreva forse una legge per decidere che colui il quale delega i suoi poteri non li ha più finchè dura la delega?

328. Abbiamo notato che l'art. 1860 non riproduce la restrizione di Pothier, il quale permetteva al socio di vendere la sua parte nelle cose sociali. Se ne deve conchiudere che il socio non possa più disporne? Bisogna intendersi bene. Non lo può più nel senso che vi si attribuiva nell'antico diritto, vale a dire coll'effetto che il socio trasmetta attualmente e irrevocabilmente la proprietà della propria quota al compratore, il che ostacolèrebbe il diritto che la società ha di disporre delle cose sociali secondo le sue convenienze. Ecco il diritto che gli autori del codice hanno inteso abolire togliendo la riserva che Pothier faceva a vantaggio del socio. Dovrà dirsi per questo che il socio non possa disporre della sua parte indivisa, come può disporne ogni comproprietario? Il socio può alienare la sua parte indivisa in un ente sociale, ma questa vendita non conferisce alcun diritto attuale al compratore e non nuoce per nulla al diritto della società. L'effetto rimane proprietà della società, esso è compreso nella divisione, ed il risultato di questo soltanto determinerà se il compratore è divenuto proprietario. Se la cosa cade nel lotto del socio venditore, la vendita è valida; se cade nel lotto d'un altro socio, la vendita è nulla, poichè si ritiene che il venditore non abbia mai avuto alcun diritto sulla cosa venduta (4).

---

(1) DUVERGIER, p. 429, n. 369. DURANTON, t. XVII, p. 478, n. 435.
(2) Rigetto, 10 marzo 1818, e Rennes, 22 aprile 1813 (DALLOZ, v. *Société*, n. 503).
(3) BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 17 (LOCRÉ, t. VII, p. 250).
(4) MOURLON, t. III, p. 347 e seg., n. 861. THIRY nella *Rivista critica di legisla-*

N. 3. — Del diritto del socio di associarsi un terzo.

329. Dispone l'art. 1861: « È in facoltà di ciascuno de' soci di associarsi, senza il consenso degli altri, una terza persona relativamente alla porzione che egli ha nella società, ma niuno può senza tale consenso ammetterla nella società, ancorchè ne abbia l'amministrazione ». Si legge nella *Esposizione dei motivi* che la fiducia è il fondamento del contratto della società (1). Esso è dunque personale di sua natura. Ecco perchè la società finisce colla morte di uno dei soci (art. 1865, 3.°), e, per lo stesso motivo, uno dei soci non può associare un terzo alla società. Vi si oppone d'altronde un principio di diritto. Associare un terzo significa modificare il contratto sociale. Ora, le mutazioni non possono farsi che col concorso di tutti coloro che stipularono la convenzione primitiva (n. 320). Ciò non impedisce che ognuno dei soci si associ un terzo relativamente alla parte che gli spetta nella società. Ma questa società esiste soltanto fra il socio e il terzo, e a riguardo della società, la quale vi rimane estranea. Donde l'adagio: *Socius mei socii non est meus socius.* L'art. 1861 consacra dunque due principii. Li esamineremo separatamente.

I. — Del divieto d'associare un terzo alla società.

330. La legge proibisce al socio, in termini assoluti, d'associare un terzo alla società senza il consenso degli altri soci, anche quando ne avesse l'amministrazione. Pothier, da cui è tratta quest'ultima disposizione, la spiega in termini dubitativi: « Mi pare che ecceda i limiti d'una semplice amministrazione dei beni della società il dare agli altri soci un socio ch'essi non hanno scelto » (2). Se il grande giureconsulto si esprime con questa riserva, è solo perchè egli non ha l'abitudine di risolvere le questioni evidenti dichiarando l'opinione ch'egli propone. Questa pretesa evidenza dopo tutto non è che una affermazione e affermare non è mica provare. Nella specie, Pothier avrebbe potuto dire che la cosa è evidente. Infatti aggiungere un nuovo socio alla società significa modificare il patto sociale, e l'amministratore ha invece il mandato di tutelarne l'esecuzione.

331. Al divieto pronunciato dall'art. 1861 si ammette un'eccezione riguardo alle società per azioni. Il socio che vende le proprie azioni si costituisce un nuovo socio, che lo sostituisce

---

zione, t. V (anno 4.°), pp. 438 e 439. Cfr. PONT, p. 398, nn. 587-589. DUVERGIER, p. 429, n. 371.

(1) TREILHARD, *Esposizione dei motivi*, n. 20 (LOCRÉ, t. VII, p. 244).

(2) POTHIER, *Della società*, n. 95.

intieramente, a condizione che le parti si conformino agli statuti della società. Vi ha però un motivo di dubitare. Non può egli dirsi che il divieto è concepito in termini assoluti e che l'interprete non ha facoltà di apportarvi alcuna restrizione? Abbiamo osservato più volte che fare un'eccezione equivale a creare la legge. Crediamo però che codesta regola non sia applicabile alla questione che stiamo esaminando. Se l'interprete non può creare la legge, ha bene il diritto di spiegarla, affinchè non se ne faccia una erronea applicazione. Per qual motivo il legislatore proibisce ai soci d'associare un terzo alla società? Perchè le società civili sono società di persone, e la fiducia personale, come ha detto l'oratore del Governo, ne è la base (n. 329). Ora, le società per azioni non sono associazioni di persone, ma riunioni di capitali. Tutti coloro che versano la somma determinata dagli statuti diventano azionisti e soci. Non si ha alcun riguardo alla persona dell'azionista, perchè gli azionisti non si conoscono e non possono conoscersi, e quindi nè la lettera, nè lo spirito della legge sono applicabili alle società per azioni. Il testo dell'art. 1861 parla dell'associazione d'una *terza persona*. Ora, nella società per azioni socio non è tanto la persona quanto il capitale. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. All'atto della costituzione della società non si ha alcun riguardo alle qualità della persona, non si fa appello che ai capitali. Perchè sarebbe altrimenti durante il corso della società? Non si scelgono i proprii soci prendendo un'azione. Perchè si sceglierebbero quando la società è costituita ed uno degli azionisti vende le proprie azioni? È uno sconosciuto che sostituisce uno sconosciuto, non vi ha mai scelta. In sostanza, l'eccezione si fonda sul testo e sullo spirito della legge. Se il codice non l'ha formulata, ciò avviene perchè esso non tratta che delle società civili, nelle quali la distribuzione del capitale per mezzo di azioni è poco in uso.

Rimane ora a sapere come si possano distinguere le società per azioni. Gli statuti rispondono d'ordinario alla questione, di modo che la differenza fra l'*interesse* e l'*azione*, così difficile a stabilirsi in teoria, non dà luogo nella pratica ad alcuna difficoltà. Si può rispondere alla nostra questione che la società è per azioni quando ogni socio può cedere il proprio diritto in modo che il cessionario prenda il posto del cedente. Intendiamo per *diritto* la qualità di socio. Soltanto le società di certa importanza distribuiscono il loro capitale per azioni, affine di attirare con questa divisione le somme considerevoli di cui hanno bisogno, e queste società hanno tutte degli statuti che si rendono pubblici per fare appello ai sottoscrittori. Gli statuti decidono d'ordinario, e in modo evidente se il diritto dei soci sia cedibile e se, per conseguenza, l'art. 1861 sia applicabile o meno (1).

---

(1) PONT, p. 504, nn. 598 e 599, e gli autori che cita.

332. L'art. 1861 permette al socio il cui diritto non è cedibile d'associare un terzo alla società col consenso degli altri soci. Trattasi d'una modificazione del patto sociale, e quindi è necessario il consenso di tutti i soci, come occorre il consenso di tutti per formare la società. La maggioranza non ha facoltà di cambiare le convenzioni sociali (n. 320), e quindi non ha diritto di consentire a che un nuovo socio prenda il posto di colui che vorrebbe cedere la propria interessenza. La Corte di Besançon ha giudicato così, e non vi ha alcun dubbio (1).

333. Come deve esser dato il consenso? La legge non lo dice, e quindi si resta sotto l'impero del diritto comune. Ne consegue che il consenso può essere espresso o tacito. Il consenso espresso può esser dato nell'atto sociale. Anche quando la società non sia per azioni, il contratto può permettere ai soci di cedere la loro interessenza coll'effetto che il cessionario divenga socio. Il patto sociale può anche, quando la società è per azioni, determinare le condizioni mercè le quali i terzi cessionarii acquisteranno la qualità ed i diritti di socio (2).

Il consenso può essere verbale o scritto. Quando è verbale o tacito, possono insorgere difficoltà di prova. Siccome si tratta di società civili, si devono applicare le regole che reggono la prova testimoniale. È stato giudicato che un terzo il quale pretendeva di essere stato socio non poteva dimostrare i fatti che allegava per mezzo di testimonii. Su questo punto non vi ha alcun dubbio. La Corte di cassazione soggiunge ch'egli non poteva nemmeno domandare la produzione dei registri della società, nessuno essendo tenuto a fornire dei titoli contro sè stesso (3). Questa decisione ci lascia qualche dubbio. L'attore sosteneva risultare dai registri che, posteriormente alla cessione a lui fatta, egli aveva figurato come cessionario nelle deliberazioni della società. Questo fatto non poteva essere provato che coi registri contenenti i processi verbali delle deliberazioni. Noi non conosciamo alcuna legge la quale vieti al giudice d'illuminarsi mediante la produzione di scritture nelle quali l'attore sostiene di essere stato parte.

334. Nei casi in cui è permesso al socio di cedere il proprio diritto, vale a dire la sua qualità di socio, avviene sovente che il patto sociale stipuli la facoltà di retratto, o meglio, il diritto di prelazione, a vantaggio della società. Il socio che vuol cedere il suo diritto deve notificare la propria intenzione agli amministratori della società, e questa può reclamare la preferenza nel termine e sotto le condizioni determinate dallo sta-

---

(1) Besançon, 23 aprile 1845 (DALLOZ, 1847, 2, 15).
(2) Cassazione, 1.° ventoso anno X (DALLOZ, v. *Société*, n. 584).
(3) Rigetto, 7 febbraio 1826 (DALLOZ, v. *Société*, n. 292, 3.°).

tuto. Un tale diritto si chiama *retratto sociale.* L'espressione è assai impropria. Il retratto successorio è una espropriazione del compratore, e la legge lo ammette nell'interesse dei coeredi del venditore, mentre il retratto sociale non espropria il compratore. Non vi ha vendita ancora al momento in cui il socio fa conoscere alla società la sua intenzione di vendere: egli dà semplicemente la preferenza alla società. Questa stipulazione non ha nulla d'anormale, mentre il retratto successorio è una espropriazione per causa d'interesse privato, ciò che costituisce una vera anomalia (1).

In qual forma deve farsi la notifica? Bisogna innanzi tutto consultare gli statuti, i quali d'ordinario regolano anche questo punto. Le convenzioni sono una legge per il giudice, che deve assicurarne l'adempimento. Si può ricorrere per cassazione quando il giudice non ha applicato la clausola del contratto relativa alle notificazioni? È stato giudicato che l'interpretazione dei contratti rientra nelle attribuzioni esclusive del magisrato di merito (2). Rimandiamo a quanto si è detto, su questo punto, al titolo delle *Obbligazioni* (v. XVI, n. 180).

Se gli statuti non determinano la forma nella quale deve farsi la notifica, il socio è libero di scegliere quella che meglio gli piace, salvo la difficoltà della prova. Non è necessario ch'egli si valga del ministero d'un usciere. La Corte di Douai ha giudicato che la notifica era fatta validamente per lettera. Lo scopo della clausola è raggiunto dal momento che l'intenzione di vendere viene portata a conoscenza della società e questa trovasi posta in grado di esercitare il suo diritto di preferenza (3).

335. Può accadere che il socio notifichi la propria intenzione di vendere quando ha già ceduto il suo diritto. In questo caso, la cessione da lui consentita è condizionale, e non diverrà definitiva se non quando la società non usi del suo diritto di preferenza. Se ne deve conchiudere che la cessione si ritiene come inesistente a riguardo della società finchè non sia trascorso il termine durante il quale essa può esercitare il retratto? La Corte di Bruxelles ha giudicato così (4); ma la decisione ne pare troppo assoluta. Se la cessione è fatta sotto condizione risolutiva, essa esiste realmente e produce tutti i suoi effetti, salvo a risolversi se la condizione si verifica. In questo caso, vi sarà cessione a vantaggio della società a partire dall'accettazione dell'offerta, perchè la notifica è un'offerta di vendita, e considerandosi la prima cessione come non mai esistita, il cedente è rimasto socio fino al momento in cui la cessione si è compiuta a vantaggio della società. D'ordi-

---

(1) Cfr. PONT, p. 410, nn. 610 e 611.
(2) Rigetto, 17 aprile 1834 (DALLOZ, v. *Société*, n. 584).
(3) Douai, 10 gennaio 1839 (DALLOZ, v. *Société*, n. 458).
(4) Bruxelles, 25 aprile 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 425).

nario la cessione si farà sotto condizione sospensiva. Se la società non usa del diritto di preferenza, la vendita sarà perfetta fin dal principio, e, per conseguenza, il cedente avrà cessato d'essere socio dal momento in cui ha avuto luogo il contratto. Soltanto nel caso in cui la società esercita il suo diritto di prelazione che la prima vendita si riterrà come non avvenuta ed il cedente rimarrà socio fisso al momento in cui interviene l'accettazione della società.

336. Il diritto di preferenza suppone che il socio ceda il proprio diritto. In mancanza di cessione la società non può reclamare alcuna preferenza contro un cessionario che non esiste. Un socio concede i suoi diritti in pegno ad un creditore, surrogandolo in ogni sua ragione. Potrà la società usare del suo diritto di preferenza? No, perchè il pegno, quantunque accompagnato da surrogazione, non è una vendita, e il creditore non è un socio. È il socio debitore che resta socio, perchè il debitore che dà una cosa in pegno ne conserva la proprietà con tutti i diritti alla medesima inerenti (1).

Così pure non si fa luogo al diritto di preferenza quando il socio si associa un terzo soltanto come cointeressato. Il cointeressato non è socio e quindi non può parlarsi di escluderlo. Una tal specie di cessione può avvenire senza il consenso della società, poichè questa non ha alcun interesse ad impedirla. Per la stessa ragione essa non può esercitare il suo diritto di preferenza prendendo il posto del cointeressato. Supponiamo che il socio abbia agito in buona fede associandosi un terzo; ma può accadere che, per impedire alla società d'usare del suo diritto, le parti diano al cessionario il nome di cointeressato. S'intende che la società sarà ammessa a provare che il preteso cointeressato è un vero cessionario. Questa prova può farsi contro il cointeressato, come, alla sua volta, sarebbe ammesso a farla il cointeressato, perchè è sempre lecito di assodare il vero carattere di una convenzione (2).

II. — Del diritto del socio di associarsi un terzo.

337. Il socio può associarsi un terzo relativamente alla quota spettantegli nella società. Egli non ha bisogno del consenso degli altri soci, perchè la convenzione che interviene fra il socio e il terzo rimane estranea alla società, questa non avendo diritto nè interesse ad intervenire nella convenzione che si forma fra il socio ed il terzo. Quest'ultimo, socio di un socio senza esserlo della società, porta, nel linguaggio tradizionale, il nome di

(1) Rouen, 2 gennaio 1847 (DALLOZ, 1851, 2, 232).
(2) Rigetto, 24 novembre 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 429).

croupier, perchè, si dice, cavalca col socio che lo prende in groppa.

Supponiamo che il cointeressato sia il socio del socio. Così dispone l'art. 1861 riproducendo la dottrina di Pothier. « Se, dice Pothier, dopo aver contratto con voi una società, credo bene di *associarmi un terzo*, questi sarà mio *socio nella parte* a me spettante nella società che abbiamo contratto insieme » (1). Però gli autori non sono concordi sul punto di sapere qual sia la natura della convenzione che intercede fra il socio e il cointeressato. È una cessione o una società? Una vera società o una comunione? Lasciamo da parte quest'ultima controversia che venne sollevata da Duvergier. Egli crede che la convenzione crei piuttosto una comunione anzichè una vera società fra il socio e il cointeressato. La sua opinione è rimasta isolata, e non ha interesse pratico (2). E lo stesso accade di tutte le questioni discusse dagli scrittori. Esse non hanno preoccupato la giurisprudenza, perchè la stessa convenzione dalla quale dovrebbero sorgere è molto rara. A nostro avviso, non si può decidere *a priori* se vi ha vendita o società. Tutto ciò che si può dire è che la convenzione, quale trovasi formulata da Pothier e consacrata dal codice, è una società. Ma l'intenzione delle parti può anche essere quella di fare una cessione. Il socio cede una frazione del suo diritto ad un terzo senza voler costituire una società con costui. In tal caso, il cessionario non sarà un cointeressato, non sarà un socio della società, ma il compratore d'una quota d'interessenza in una società. I rapporti fra il cessionario ed il cedente saranno quelli che nascono dalla vendita, e non dalla società. La quistione ha un interesse pratico, poichè la società e la vendita producono effetti diversi. Se il terzo è un cointeressato, avrà i diritti d'un socio a riguardo del socio di cui è cointeressato, ma ne avrà anche le obbligazioni. Pothier suppone che il cointeressato faccia qualche guadagno dipendentemente dalla parte per la quale trovasi in società con un socio. Egli dovrà rendergliene conto in forza della società che esiste fra loro. Non accadrebbe così d'un semplice cessionario. Questi non deve al suo venditore altro che il prezzo di vendita.

Secondo l'opinione generale, si distingue. Se il socio cede la sua quota intiera, vi ha vendita, mentre se la cessione cade sopra una frazione del diritto, vi ha società (3). Non vi ha alcun dubbio nella prima ipotesi. Essa non è l'ipotesi del codice civile. Il socio che cede la sua parte intiera non conserva più alcun interesse negli affari sociali in quanto riguarda i

---

(1) Pothier, *Della società*, n. 92.
(2) Duvergier, p. 434, n. 375. Delangle, n. 193.
(3) Pont, p. 417, nn. 618-620, e gli autori che cita.

suoi rapporti col cessionario. Soltanto questi vi è interessato, e quando v'è una sola persona interessata non può parlarsi d'associazione. Ma, nella seconda ipotesi, che è quella del codice, la decisione degli autori ci pare troppo assoluta. L'articolo 1861 suppone che le parti hanno voluto contrarre una società, ma il legislatore, in materia di contratti, non impone mai la sua volontà alle parti interessate, le quali sono libere di fare quelle convenzioni che credono meglio. Se piace loro di fare una vendita indipendentemente da qualsiasi associazione, perchè si deciderebbe ch'esse hanno fatto una società? Sarebbe contrario alle più semplici nozioni di diritto. Non può esservi società senza volontà d'associarsi. La difficoltà si riduce dunque ad una questione di fatto. Quale è l'intenzione delle parti contraenti?

338. Quali sono i rapporti fra il terzo e la società? Per principio, non vi ha alcun vincolo giuridico fra il terzo e la società, perchè i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti, e la società, si suppone, è rimasta estranea al contratto. Però questo principio, insegnato da tutti gli autori, deve essere inteso con una restrizione. Se il socio vende la propria interessenza nella società, senza voler associarsi col compratore, questi potrà divenir membro della società se il patto sociale permette ai soci di cedere le loro interessenze, con questo effetto, che il cessionario diverrà membro della società. La società interviene allora nel contratto di cessione, consentendo anticipatamente ad accettare come socio il terzo cessionario dell'interessenza d'un altro socio. Bisogna aggiungere, come fanno tutti gli scrittori, che, nel caso in cui il terzo non è che un cointeressato, questi non sarà veramente socio, e non avrà azione diretta contro la società, ma potrà agire contro di essa, esercitando i diritti del cedente, in applicazione dell'art. 1166.

339. Quale è la condizione del terzo a riguardo del socio col quale ha contrattato? Si risponde d'ordinario ch'egli è suo socio. Secondo la nostra opinione (n. 337), bisogna distinguere. Se, come suppone l'art. 1861, il terzo è un cointeressato, vale a dire un socio del socio, avrà tutti i diritti e tutte le obbligazioni d'un socio, nei limiti della parte che gli è stata ceduta. Ma può darsi che il terzo sia un cessionario, senza essere socio col cedente. In questo caso, egli ha i diritti e le obbligazioni d'un compratore. Abbiamo rilevato già una differenza per quanto riguarda le obbligazioni del compratore (n. 337). Quanto ai diritti dei terzo, se non diviene membro della società, saranno identici sia egli cessionario o socio. In entrambi i casi, l'intenzione delle parti è di trasmettere al terzo tutti i beneficii e tutti i diritti spettanti al socio col quale ha contrattato.

340. Resta a vedere qual sia la condizione del cointeressato o del cessionario a riguardo dei creditori. Lasciamo da parte l'ipotesi in cui il terzo cessionario diviene socio. In tal caso non vi ha questione, poichè il cessionario prende il posto del

cedente, sia per rispetto alle sue obbligazioni, sia quanto ai suoi diritti. Ma vi ha una difficoltà in rapporto al cedente. Quale è la sua condizione riguardo ai creditori della società? Avranno questi azione contro di lui pei debiti che esistevano all'atto della cessione? L'affermativa non ci pare dubbia. Se il socio era tenuto a riguardo dei creditori della società al momento della cessione, egli non può liberarsi da questo vincolo cedendo i suoi diritti. Se nell'atto di cessione non vi ha alcuna stipulazione a questo riguardo, il diritto dei creditori non potrebbe essere contestato; essi hanno un debitore e lo conservano (1). Ma si domanda se il socio potrebbe stipulare che il cessionario prenderà il suo posto, non solo quanto ai suoi diritti, ma anche quanto alle sue obbligazioni, nel senso che il cedente non potrà più essere escusso dai creditori e che questi non avranno azione che contro il cessionario. Noi crediamo che una simile stipulazione sarebbe nulla. Infatti, si possono cedere i propri diritti, ma non le proprie obbligazioni. Il debitore non si libera se non con uno dei modi d'estinzione delle obbligazioni che il codice consacra, e quindi non può liberarsi per effetto d'una convenzione che facesse con un terzo. In tal modo egli rimarrebbe liberato per virtù della sola sua volontà, e certamente non è questo un modo legale d'estinguere l'obbligazione. Rimandiamo a quanto si è detto intorno alla cessione al titolo della *Vendita* (v. XXIV, n. 529).

Vi ha una sentenza della Corte di Parigi che parrebbe contraria (2). Il caso era diverso da quello che noi abbiamo supposto. Era stipulato nell'atto di società che il socio il quale avesse operato il trapasso della sua quota d'interessenza sarebbe liberato dalla sua parte nei debiti sociali anteriori al detto trapasso. Il creditore sapeva dunque, contrattando colla società, che non avrebbe avuto azione, in caso di trapasso, contro il socio cedente; che non avrebbe potuto agire se non contro il cessionario divenuto socio per effetto del trapasso. La questione sta nel sapere se una simile clausola sia valida. Sì, dice la Corte di Parigi, perchè i creditori hanno trattato sotto questa condizione. La Corte non si domanda se questa condizione può essere stipulata. Ora, la legge determina i modi con cui le obbligazioni si estinguono. Può il socio stipulare che sarà liberato, all'infuori di questi modi legali, cedendo la sua parte d'interessenza? Sarebbe come stipulare che il debitore sarà liberato senza che il debito sia estinto. Vi ha però un motivo che giustifica la decisione della Corte di Parigi. Il creditore può consentire a liberare il suo debitore mediante la sostituzione d'un nuovo debitore. Egli può dare anticipatamente questo consenso, trattando colla società, e vi consente per ciò solo che tratta colla

(1) Liegi, 12 dicembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 252).
(2) Parigi, 28 gennaio 1868 (Dalloz, 1868, 2, 244).

società sotto le condizioni del patto sociale; la qual cosa suppone che il creditore conoscesse queste condizioni. Non basta dire, come fa la Corte di Parigi, che il creditore ha dovuto conoscerle. Non vi ha novazione senza consenso, e questo consenso non si presume (art. 1273). Ora, sarebbe presumere un consenso che implica una alienazione il dire che il creditore ha consentito perchè ha dovuto conoscere condizioni alle quali si ritiene che abbia aderito, mentre le ignorava.

341. Se il terzo è un cointeressato, la difficoltà che abbiamo esaminata non si presenta più. Il socio che si associa il cointeressato rimane socio, e quindi i creditori conservano tutti i loro diritti contro di lui. Hanno essi un'azione diretta contro il cointeressato? No, poichè questi non è socio; ma hanno un'azione indiretta per conto del socio, loro debitore, di cui esercitano i diritti (art. 1166).

342. Diversa è la questione di sapere se i creditori del socio abbiano un diritto di pegno sulla parte dell'interessenza che il loro debitore ha ceduto al terzo. Secondo la nostra opinione, bisogna distinguere (n. 337). Se il terzo è un cessionario, senza essere socio, bisogna applicare i principii che reggono la vendita. La regola è che i creditori perdono il loro diritto di pegno quando il debitore aliena la cosa, ma questa regola subisce eccezione quando si tratta d'un credito. Finchè la cessione non è notificata nè accettata, il cedente resta vincolato, e, per conseguenza, il diritto di pegno dei suoi creditori sussiste. Resta a sapere se l'art. 1690 è applicabile alla cessione d'una parte dell'interessenza che il debitore ha in una società. Noi abbiamo esaminata la questione di massima al titolo della *Vendita* (v. XXIV, nn. 475 e 476). Supponendo che il cessionario possa opporre la cessione ai creditori del cedente, sorge una nuova difficoltà. È necessario che la cessione abbia data certa (articolo 1328), perchè il cessionario possa opporla ai creditori? La questione sta nel sapere se i creditori chirografarii sono terzi nel senso dell'art. 1328. Noi l'abbiamo esaminata al titolo delle *Obbligazioni*.

Se la convenzione intervenuta fra il socio e il terzo è una società, queste quistioni non si presentano. Il mettere in società una cosa non priva i creditori dei loro diritti su questa cosa, salvo che questo diritto diviene un diritto indiviso. Si applicano i principii generali che governano i diritti dei creditori dei soci. Noi li abbiamo già esposti altrove (1).

---

(1) Tutte queste questioni sono controverse. Vedi, in senso diverso, PONT, p. 426, nn. 634-637, e gli autori che cita.

CAPO III.

Delle obbligazioni dei soci a riguardo dei terzi.

§ I. — *Quando la società è obbligata a riguardo dei terzi?*

343. Secondo l'opinione da noi insegnata, la società non è un corpo morale, una persona civile distinta dalla persona dei soci: sono i soci come tali che rappresentano la società. Quando dunque si domanda in qual modo la società può rimanere obbligata a riguardo dei terzi, si chiede in quali casi, sotto quali condizioni le obbligazioni contratte dai soci come tali obbligano la società. L'art. 1864 risponde alla domanda: « La stipulazione esprimente che l'obbligazione fu contratta per conto sociale obbliga soltanto il socio che ha contrattato e non gli altri, eccetto che questi gliene abbiano data facoltà, o che la cosa siasi convertita in vantaggio della società ». Da questa disposizione risulta che parecchie condizioni sono richieste perchè la società rimanga vincolata dalle obbligazioni contratte da un socio. Anzitutto l'obbligazione deve essere contratta per conto della società. Il socio riunisce in sè due diverse qualità, perchè ha interessi di natura diversa. Ha interessi che gli sono personali nel senso che riguardano il patrimonio suo proprio, ed ha interessi come socio, interessi che sono relativi alla società. Se egli agisce nella prima qualità, in suo nome personale e nell'interesse del suo patrimonio, l'obbligazione che contrae rimane estranea alla società. Il principio è elementare, ma l'applicazione può sollevare difficoltà di fatto. Quando il socio dichiara di agire in suo nome, tutto è detto, ma la legge non l'obbliga a fare una dichiarazione espressa. Essa suppone soltanto che vi sia una stipulazione portante che l'obbligazione è contratta per conto della società, ma non dice che questa clausola sia richiesta perchè la società resti obbligata. È dunque un punto di fatto da constatarsi. Il giudice deciderà secondo le circostanze della causa. Un socio gerente rinnova l'affitto del locale in cui si esercitava l'industria della società. La nuova locazione doveva cominciare a decorrere dal 1.° marzo 1868, e la società, contratta a termine, doveva finire il 28 febbraio. La sentenza della Corte d'appello giudicò che il socio aveva assunto l'affitto per proprio conto. Gli altri soci pretesero che la locazione fosse fatta per conto della società, e domandarono conseguentemente che il diritto alla locazione fosse compreso nell'attivo sociale. Questa pretesa fu respinta dalla Corte

di Bordeaux. Sul ricorso intervenne una sentenza di rigetto della sezione civile, in seguito a deliberazione in Camera di consiglio. Vi era dunque un dubbio. La Corte di cassazione rileva in base alla sentenza impugnata, che la locazione stipulata dal gerente in suo personale vantaggio non doveva cominciare a decorrere se non dopo che la società di cui egli era gerente avesse avuto fine. In queste circostanze, dice la Corte, la detta sentenza ha potuto decidere a buon diritto che la locazione non doveva considerarsi fatta nell'interesse della società, nè facente parte dell'attivo sociale da liquidarsi fra i soci (1).

344. Non basta che il socio abbia contrattato come tale, e per conto della società, perchè questa rimanga obbligata. Siccome la società si compone di soci, ne risulta che è necessario il concorso di tutti i soci. Per poco numerosi che questi siano è impossibile che figurino tutti personalmente nei contratti che interessano la società. Vi sarebbero continui ritardi ed ostacoli. Ma i soci possono obbligarsi, e conseguentemente obbligare la società anche per via di mandato. È quello che dicono gli articoli 1864 e 1862, i quali non prevedono nemmeno l'ipotesi che tutti i soci intervengano nel contratto. Resta a sapere in quali casi si può dire che i soci hanno dato facoltà ad uno di loro di obbligare la società. La facoltà è un mandato. Il mandante si obbliga per mezzo del mandatario. È quello che dice l'art. 1998: « Il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario conformemente al potere che gli è stato dato. Egli non è tenuto a quanto è stato fatto oltre quello che fu da lui espressamente o tacitamente ratificato ». Sono dunque i termini del mandato che decidono quale sia il potere del socio. È necessario che questo potere sia speciale, di modo che il socio non abbia veste per obbligare la società che in forza del mandato che ne l'autorizza? È questo il parere di Duranton, ma rimase isolato (2). Il socio gerente è incaricato d'amministrare, e, in mancanza di speciali stipulazioni a questo riguardo, ogni socio ha diritto d'ammministrare, e la legge soggiunge che quello che ciascuno fa è valido anche per la parte degli altri soci. Ora, è impossibile amministrare senza obbligarsi, e quindi, per ciò solo che i soci hanno il potere d'amministrare, hanno quello di obbligarsi, vale a dire di obbligare la società. Entro quali limiti? Bisogna consultare il mandato che venne loro conferito, e, in mancanza di mandato espresso, le disposizioni dell'articolo 1859.

Tali sono i principii, conformi affatto al diritto comune. La giu-

(1) Rigetto, sezione civile (DALLOZ, 1870, 1, 350).
(2) DURANTON, t. XVII, p. 498, n. 447. In senso contrario, tutti gli autori (PONT, p. 433, n. 647).

risprudenza applica alla società i principii che esporremo al titolo del *Mandato*. È stato giudicato che gli effetti sottoscritti dal gerente in forza del potere che gli è stato conferito dall'atto sociale obbligano la società. Nella specie si presentava un motivo di dubbio. La società era stata sciolta, e il gerente era stato nominato liquidatore con poteri più ristretti che non gli permettevano più d'obbligare la società sottoscrivendo degli effetti. Ma, queste modificazioni essendo state tenute nascoste, bisognava applicare ai terzi di buona fede gli articoli 2005 e 2009. La revoca del mandato era considerata a loro riguardo come non avvenuta (1).

345. Si applicano i principii generali del mandato al socio mandatario anche in quanto riguarda le conseguenze dell'obbligazione ch'egli contrae. Il mandatario non si obbliga personalmente; egli obbliga il mandante. Gli è lo stesso del socio mandatario. Egli obbliga la società, e quindi non è obbligato dagli impegni che contrae come socio, vale a dire per la sua parte virile (art. 1863 (2). Ciò suppone che il socio abbia agito nei limiti del suo mandato. Quando li eccede non ha più alcuna facoltà, e, per conseguenza, non obbliga più la società, a meno che l'obbligazione non sia tornata a vantaggio della società stessa (art. 1862). Ritorneremo su questo punto. Il socio sarebbe, in questo caso, obbligato personalmente? L'articolo 1864 sembra dire di sì: « La stipulazione che l'obbligazione è contratta per conto della società *non vincola che il socio contraente*, a meno che gli altri non ve lo abbiano autorizzato ». Ma non bisogna far dire ad una legge ciò ch'essa non ha inteso di disporre. Al titolo della *Società* il codice non determina gli effetti del mandato, ma dice solamente in quali casi la società rimane obbligata. È al titolo del *Mandato* che si trovano le regole che governano le obbligazioni del mandatario. Ora, l'art. 1997 decide la nostra questione in questi termini: « Il mandatario che ha dato alla parte, con cui ha contrattato in tale qualità, una sufficiente notizia delle facoltà ricevute non è tenuto ad alcuna garantia per quello che avesse operato oltre i limiti del mandato, eccetto che si fosse per ciò personalmente obbligato ». Il mandatario che eccede i limiti del suo mandato non è dunque tenuto personalmente se non quando non ha dato notizia delle sue facoltà. La giurisprudenza è in questo senso (3). Torna inutile riportare le decisioni, poichè la questione è troncata dal testo della legge.

346. La società può essere obbligata, quantunque il socio abbia agito in proprio nome senza averne la facoltà, quando.

(1) Rigetto, 27 novembre 1861 (DALLOZ, 1862, 1, 483).
(2) Bruxelles, 16 aprile 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 263).
(3) Vedi le sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Société*, n. 605. Cfr. PONT, p. 432, n. 646.

cioè, come dice l'art. 1864, la cosa è tornata a suo vantaggio. È questa, come si afferma, una deroga ai principii? (1). Secondo l'art. 1998, il mandante non è tenuto a quanto è stato compiuto dal mandatario senza facoltà oltre quello che fu da lui espressamente o tacitamente ratificato. Se ne conchiude che l'articolo 1864 deroga all'art. 1998. A dire il vero, la deroga non sussiste: si tratta di due ipotesi diverse rette da principii diversi. Quando il mandante ratifica ciò che è stato fatto in suo nome, ma senza ch'egli ne abbia data la facoltà, la ratifica equivale ad un mandato, e, per conseguenza, si applicano tutti i principii che reggono il mandato. L'art. 1864 non suppone che vi sia ratifica, e quindi non vi ha mandato. È una gestione d'affari irregolare, nel senso che il socio non agisce nelle circostanze in cui vi ha luogo una gestione d'affari. La società ha sempre un mandatario qualunque, al quale spetta di agire. I soci non mandatarii non hanno alcuna veste d'agire per una società che è regolarmente rappresentata da un mandatario. Se però agiscano e l'atto sia giovevole alla società, la legge convalida l'atto, ma soltanto in una certa misura, in quanto, cioè, la società ne abbia approfittato. Essa accorda dunque un'azione al socio, ma non è l'azione del mandato, sibbene un'azione meno favorevole che si chiama *de in rem verso*. Ne abbiamo trattato al capitolo dei *Quasi-contratti*. È una specie di gestione d'affari, e quindi un quasi-contratto, dal quale nasce una obbligazione fondata sull'equità. Il socio ha agito in nome della società senza potere, e non l'obbliga, ma l'equità si oppone a che la società si arricchisca a di lui spese. La legge la dichiara obbligata in quanto si è arricchita. La Corte di cassazione ha fatto l'applicazione di questi principii ai prestiti contratti dal gerente d'una società in accomandita sotto la ragione sociale, ma all'infuori dei suo poteri. È stato deciso che la società è obbligata da questi prestiti quando è constatato in fatto ch'essi sono tornati a suo vantaggio (2). Ne risulta che il mutuante ha azione contro la società a condizione di provare che la cosa le ha giovato, e non ha azione che nella misura del vantaggio dalla società ritratto, mentre, se vi fosse mandato, il mutuante avrebbe azione quand'anche il prestito non fosse riuscito vantaggioso alla società.

347. Abbiamo supposto che il socio, quantunque senza potere, abbia agito in nome della società. È questa la supposizione della legge. L'art. 1864 comincia col dire che la stipulazione che l'obbligazione è contratta per conto della società non vincola la società; poi la legge soggiunge: « a meno che gli altri soci non gliene abbiano data facoltà, o che la cosa non sia tornata a vantaggio della società ». Dunque, nei due casi in cui la

---

(1) PONT, *Della società*, p. 434, n. 648.
(2) Rigetto, 7 luglio 1868 (DALLOZ, 1869, 1, 319).

società rimane obbligata dall'obbligazione d'un socio, bisogna che questi abbia agito in nome della società o per di lei conto. Anche quando avesse potere d'obbligare la società, non l'obbligherebbe se contraesse in proprio nome personale. Questo è certo. Ed è altrettanto certo, stando al testo, che il socio non obbliga la società quando contrae in suo nome personale, sebbene questa obbligazione giovi alla società. In tal caso il socio avrà un'azione contro la società per il vantaggio che le ha procurato, ma il terzo creditore non avrà azione contro la società. Egli non può avere azione contro una società colla quale non ha inteso contrattare.

La quistione però è controversa, il che prova, come abbiamo detto più volte, il poco rispetto che gli interpreti hanno per il testo. Merlin (1) ci oppone delle leggi romane. Egli è l'uomo della tradizione a segno tale da dimenticare che questa ha un semplice valore storico quando il codice ha parlato. Ma egli cade pure in errore rispetto alla tradizione che invoca. La tradizione, per gli autori del codice Napoleone, non è il Digesto, ma Pothier. Ora, parlando delle società commerciali in nome collettivo, Pothier dice: « Quando non pare che uno dei soci abbia contrattato *in nome della società*, ma *solo in suo nome*, quantunque il contratto sia tornato a vantaggio della società, come se, avendo preso a prestito solo in suo nome una somma di denaro pei propri affari, l'ha adoperata per gli affari della società, quegli che ha contrattato con questo socio non avrà per ciò azione contro gli altri soci ». Pothier applica poi lo stesso principio alle società civili: « Quando uno dei soci ha contrattato *soltanto in suo nome*, non vi ha dubbio: in questo caso egli *solo è obbligato verso il creditore* con cui ha contrattato. Dunque la società non rimane obbligata. Gli è così anche quando il debito è tornato a vantaggio della società. Verso chi sarà tenuta la società? Pothier risponde che « il *socio* può farsi indennizzare di questo debito dagli altri soci per la parte ch'essi devono sopportarne, quando è tornato a vantaggio della società » (2).

Merlin invoca anche la massima d'equità sulla quale è fondata l'azione *de in rem verso*. La società non può arricchirsi a spese altrui. Noi ammettiamo la massima, ma bisogna vedere a chi vada applicata. Quando un socio contrae un prestito, e il prodotto è versato nella società, chi procura questo beneficio alla società? Il mutuatario o il mutuatante? Certamente il mutuatario, perchè, al momento in cui la società approfitta dei denari, questi sono divenuti proprietà del mutuatario. Gli è per fatto di lui ch'essi tornano a vantaggio della società, e non

(1) **Merlin**, ***Questioni di diritto***, v. *Société*, § II, seguito da **Duranton**, **Duvergier**, **Zachariae**.

(2) **Pothier**, ***Della società***, nn. 101 e 105.

per fatto del mutuante, e quindi è il socio che deve avere un'azione contro la società, non il creditore. I principii di diritto concordano coll'equità. Pothier dice benissimo che un creditore non ha azione se non contro colui col quale ha contrattato, e non contro coloro che hanno approfittato del contratto. Il creditore che ha contrattato con un socio non ha azione che contro il suo debitore, egli non può avere azione contro la società colla quale non ha voluto contrattare, salvo ad agire contro la società in nome del suo debitore, se costui ha un'azione contro di quella (1).

La giurisprudenza si è pronunciata in questo senso. Una Corte d'appello aveva messo a carico della società alcune forniture fatte da un terzo ad un socio che aveva contrattato in suo nome personale. Essa si fondava sul fatto che la società ne aveva ritratto un vantaggio e che ne conosceva l'origine. La Corte di cassazione risponde, riguardo alla notizia che la società ha potuto avere dell'origine delle mercanzie versate nel suo attivo da uno dei suoi membri, che da questa semplice notizia non è potuto risultare nessun contratto nè quasi-contratto, nessun vincolo giuridico suscettibile d'obbligare la società verso la persona dalla quale il socio aveva avuto le mercanzie. Quanto all'utile che la società avrebbe ritratto, anche questo non ha potuto creare contro di essa un'azione a vantaggio del venditore originario, il quale non ha in alcun modo trattato con lei. I contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti. Il creditore non ha azione che contro colui col quale ha contrattato, e non contro i terzi che hanno potuto approfittare delle conseguenze d'un contratto al quale non hanno partecipato (2). In una sentenza posteriore, la Corte di cassazione stabilisce nettamente il principio fondandosi sul testo dell'art. 1864. A termini degli articoli 1862 e 1864, i soci che non hanno figurato in un contratto, e che non hanno dato facoltà di figurarvi per essi, non rimangono obbligati dal socio contraente se non alle due seguenti condizioni:

1.° Che sia stato stipulato che l'obbligazione si contraeva per conto della società;

2.° Che la cosa sia tornata a vantaggio della società.

Mancando una di queste condizioni i soci non contraenti non sono in alcun modo vincolati verso il terzo a riguardo del quale il socio contraente si è obbligato, e conseguentemente questo terzo non ha alcuna azione contro di loro (3).

---

(1) PONT, p. 435, nn. 451 e 452, e gli autori che cita.

(2) Cassazione, 12 marzo 1850 (DALLOZ, 1850, 1, 86).

(3) Cassazione, 16 febbraio 1853 (DALLOZ, 1856, 1, 47).

§ II. — *Come sono obbligati i soci?*

348. La legge comincia collo stabilire il principio che i soci non sono tenuti solidariamente. « Nella società, escluse quelle di commercio, i soci non sono obbligati solidariamente per riguardo ai debiti sociali » (art. 1862). Tale è il diritto comune nelle obbligazioni civili. A termini dell'art. 1202, la solidarietà non si presume, ma bisogna che sia espressamente stipulata, o che sia stabilita da una disposizione della legge. Quando dunque la società è vincolata dall'obbligazione che uno dei soci ha contratto in suo nome, l'obbligazione si divide fra i soci.

349. Questa regola subisce eccezioni? Si ammette generalmente che le società civili possono essere contratte in forma commerciale. Se la forma adottata dai soci li rende solidali, ne risulterà ch'essi saranno tenuti solidariamente a riguardo dei terzi, come lo sarebbero se la società fosse commerciale. Rimandiamo, per i principii, a quanto si è detto più sopra (nn. 218, 220 e 223). L'applicazione di questi principii alla solidarietà non soffre alcuna difficoltà. I soci che contrattano con un terzo possono obbligarsi solidariamente. Se lo possono contrattando, possono rendersi solidali anche nel loro patto sociale. È una garanzia ch'essi offrono ai terzi e sulla fede della quale i terzi contrattano colla società. Ora, questa obbligazione e questa offerta risultano dall'adozione d'una forma commerciale che, agli occhi dei terzi, implica ch'essi avranno un'azione solidale contro i soci. I terzi sarebbero tratti in inganno se, credendo di contrattare con soci obbligati solidariamente, questi potessero prevalersi del carattere civile della società per invocare il beneficio dell'art. 1862. Se i soci vogliono godere del beneficio della regola, non devono costituire la società in una forma che suppone un'eccezione alla regola. La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (1).

350. Vi ha un secondo caso nel quale i soci possono essere escussi per la totalità, quando, cioè, l'obbligazione contratta in loro nome è indivisibile. Gli autori e le sentenze dicono che, in questo caso, i soci sono tenuti solidariamente. L'espressione è per lo meno scorretta, perchè l'indivisibilità d'una obbligazione non la rende solidale. Rimandiamo a quanto si è detto, intorno a questa confusione, al titolo delle *Obbligazioni*. La confusione è più grande ancora quando si tratta d'apprezzare i caratteri dell'indivisibilità. Noi abbiamo ripetutamente segnalato gli errori della giurisprudenza in questa materia. È inutile rinnovare la critica a proposito d'un contratto nel quale accadrà certo ben

(1) PONT, p. 438, n. 655. Aix, 4 giugno 1868 (DALLOZ, 1869, 2, 242).

raramente, se pure accadrà, che i debiti siano indivisibili. Non mancano però sentenze le quali hanno ammesso l'indivisibilità e, conseguentemente, l'azione per la totalità contro i soci. A nostro avviso, le obbligazioni non erano indivisibili (1). Rimandiamo il lettore alle sentenze ed ai principii che abbiamo stabiliti altrove.

351. I debiti sociali si dividono fra i soci. Resta a sapere per qual parte ciascun d'essi rimanga obbligato. L'art. 1863 risponde alla questione: « I soci sono obbligati verso il creditore con cui hanno contrattato, ciascuno per una somma e parte eguale, ancorchè uno di essi avesse in società una porzione minore, se il contratto non ha specialmente ristretta l'obbligazione di costui in ragione di quest'ultima porzione ». Così i soci sono tenuti ai debiti per una quota virile, e quindi, se sono in due, ciascuno per metà, sebbene, secondo l'atto sociale, l'uno non debba sopportare che il terzo dei debiti e l'altro ne sopporti i due terzi. È l'applicazione dei principii generali che reggono i debiti divisibili. Quando vi sono più debitori, ciascun d'essi è tenuto per la sua porzione virile. Si suppone che l'interesse dei debitori nell'obbligazione che contraggono sia eguale. Se non lo è, spetta a loro il dirlo. Il creditore non può indovinarlo, e potrebbe non consentire a contrattare dato che i soci fossero tenuti in parti disuguali.

Siccome la parte dei soci nei guadagni e nelle perdite è proporzionale alla loro quota (art. 1853), accadrà sovente che la parte virile per la quale i soci sono tenuti verso i creditori non sia la parte reale per cui essi contribuiscono fra loro ai debiti. Si domanda perchè la legge non tiene conto della parte vera, quale è fissata dal contratto sociale. Pothier risponde che il creditore il quale contratta coi soci non è obbligato a sapere qual parte abbia ciascun d'essi nella società. Il relatore del Tribunato riporta questo motivo: « *Dovendosi ritenere che* il terzo il quale contratta coi soci, *ignori le loro convenzioni particolari*, potrà egli domandare a ciascuno di essi una quota parte del suo credito, a meno che non sia stato avvertito dalla convenzione stessa che uno dei soci aveva una quota minore degli altri, *e che non intendeva obbligarsi che in proporzione della sua parte* » (2).

352. Il testo. così motivato, conduce ad una conseguenza importantissima, cioè che i soci restano tenuti alla loro parte virile anche quando il terzo avesse notizia del patto sociale che attribuisce ai soci parti diverse. Perchè essi siano obbligati verso il venditore, conformemente all'atto sociale, devono stipu-

---

(1) Bruxelles, 28 novembre 1806 (*Sirey*, II, 2, 177). Rigotto, 10 dicembre 1845 (*Sirey*, 1846, 1, 623). Cfr. PONT, p. 439, n. 655.

(2) POTHIER, *Della società*, n. 41. BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 18 (LOCRÉ, t. V, p. 251).

larlo. È questa un'eccezione alla regola, ed ogni eccezione deve essere stipulata espressamente (1). Ciò è conforme ai principii generali di diritto. Ne risulta una notevole differenza fra la società civile e la comunione fra coniugi, che è pure una società. Le convenzioni matrimoniali hanno effetto a riguardo dei terzi. Esse giovano loro e possono essere loro opposte. Ne abbiamo detto la ragione al titolo del *Contratto di matrimonio*. Ne consegue che i coniugi sono tenuti ai debiti verso i terzi nella proporzione della loro quota quale è fissata dalle convenzioni matrimoniali, e quindi ora per metà, ora per più o meno della metà, mentre i soci sono sempre tenuti per la loro parte virile. La ragione di questa differenza si è che i motivi pei quali la legge dà effetto al contratto di matrimonio a riguardo dei terzi non sono applicabili alla società ordinaria.

353. I soci sono tenuti per una parte virile anche quando il creditore agisce contro di loro in forza dell'azione *de in rem verso?* No, ciò risulta dal testo dell'art. 1863 e dalla natura stessa di questa azione. La legge stabilisce il principio della parte virile pel caso in cui i soci contrattino col terzo creditore, e il principio non si concepisce che in questo caso. Infatti, esso suppone un contratto intervenuto fra i soci e il terzo, contratto nel quale i soci possono stipulare che saranno tenuti secondo la loro parte contributiva. È nel silenzio del contratto ch'essi sono tenuti per una parte virile. Ora, quando il creditore agisce contro i soci per il vantaggio ch'essi hanno ritratto dalla convenzione, i soci non sono intervenuti nell'obbligazione, e quindi non hanno potuto stipulare per qual parte vi sarebbero tenuti. La natura dell'azione *de in rem verso* conduce a questa conseguenza che i soci sono obbligati ciascuno in ragione del vantaggio che ritraggono dall'obbligazione. È la società, dice l'art. 1864, che è tenuta in ragione del vantaggio e, conseguentemente, fino a concorrenza del vantaggio che l'obbligazione le procura. Ora, la società sono i soci, e quindi ogni socio è obbligato nella misura del vantaggio che ritrae. La Corte di cassazione dice benissimo che, se i soci fossero tenuti per una parte virile, l'azione *de in rem verso* sarebbe, nei suoi effetti, estesa oltre la sua causa, poichè, anzichè arricchirsi, i soci si troverebbero nel caso di pagare, senza alcun profitto, il debito altrui (2). Tale è pure l'opinione di tutti gli autori (3).

---

(1) DUVERGIER, p. 478, n. 391. PONT, p. 441, n. 661.
(2) Rigetto, 18 marzo 1824 (DALLOZ, v. *Société*, n. 622).
(3) Vedi le citazioni in PONT, p. 440, n. 650.

§ III. — *Diritti dei creditori.*

N. 1. — Creditori dei soci.

354. I creditori hanno per garanzia tutti i beni del loro debitore. Se il debitore è socio, l'interessenza ch'egli ha nella società fa parte del suo patrimonio, ed è quindi compresa nella garanzia che i creditori hanno sui di lui beni. Ma i creditori hanno su questa interessenza del loro debitore nella società lo stesso diritto che esercitano sugli altri beni del loro debitore? Il diritto di garanzia che la legge accorda ai creditori si esperisce col sequestro, la vendita forzata e la distribuzione del prezzo fra i sequestranti. Possono i creditori sequestrare anche l'interessenza che il debitore ha nella società e farla vendere? L'affermativa è certa. Tale è il diritto comune, e la legge non vi deroga. Ma bisogna vedere a che cosa condurrà il sequestro. L'aggiudicatario è un compratore in seguito a vendita forzata, come il cessionario è un compratore in seguito a vendita volontaria. I diritti dell'aggiudicatario saranno dunque quelli d'un cessionario. Ora, l'art. 1861 dice che il socio può bensì cedere la sua interessenza e associare un terzo alla sua parte, ma che non può associarlo alla società. Il cessionario rimane estraneo alla società; egli non può immischiarsi negli affari sociali, non può provocare lo scioglimento della società, nè la divisione del fondo comune. Egli può soltanto esercitare i diritti del socio con cui è cointeressato quanto alla parte d'interessenza per la quale questi è associato, o reclamare come cessionario i diritti che spettano al cedente. Tale sarà pure la condizione dell'aggiudicatario. Egli dovrà aspettare lo scioglimento della società per chiederne la liquidazione e la divisione (1). Può egli, se il socio, di cui è cointeressato o cessionario, diviene insolvibile, prevalersi dello scioglimento che risulta dall'insolvenza di uno dei soci e domandare, conseguentemente, la liquidazione e la divisione? Ritorneremo sulla quistione.

355. Ne consegue che i creditori d'un socio non hanno, sull'interessenza che questi tiene nella società, diritti così estesi come quelli che hanno sugli altri beni del loro debitore. Ciò dipende dalla natura stessa dell'interessenza sociale. Il debitore può, in generale, disporre dei suoi beni come crede, mentre non ha la libera disposizione dell'interessenza che tiene in una società. Egli non può cedere la sua interessenza all'effetto che il cessionario divenga socio. D'altra parte, non può egli stesso

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 559 e seg., § 381. Parigi, 13 agosto 1834 (DALLOZ, v. *Société*, n. 635).

domandare la divisione del fondo comune prima dello scioglimento della società, e non può provocare questo scioglimento che nei casi previsti dalla legge. La ragione si è che l'interessenza che il socio ha nella società gli appartiene in forza d'una convenzione che gli impone delle obbligazioni, e non può liberarsi da queste obbligazioni cedendo il suo diritto. Non gli è permesso di derogare al patto sociale nè di romperlo, e i creditori non possono avere maggiori diritti del loro debitore.

La Corte di cassazione ha conchiuso che i creditori d'un socio non possono frapporre alcun ostacolo all'esercizio dei diritti degli altri soci. Per principio, ciò è incontestabile. Le cose messe in comune devono servire ad una data destinazione che forma l'oggetto della società. Nè il socio nè i suoi creditori possono intralciare il cammino della società e le sue operazioni; altrimenti non sarebbe più possibile alcuna società. I creditori possono sequestrare i crediti che spettano al loro debitore. Possono essi sequestrare anche un credito sociale? La Corte di cassazione ha deciso che il sequestro non impediva al terzo sequestrato di pagare agli altri soci la loro parte del credito. Il solo effetto del sequestro è dunque di fermare il pagamento di quella parte del credito al socio debitore (1). Se il sequestro arrestasse il pagamento di quanto è dovuto agli altri soci, offenderebbe i diritti della società, perchè le operazioni sociali ne sarebbero intralciate. I creditori d'un socio non hanno un tal diritto più del socio stesso. Il socio deve adempiere le obbligazioni che gli incombono a questo titolo, e i suoi creditori non possono esercitare i suoi diritti che tenendo conto delle sue obbligazioni.

356. Il socio è comproprietario per indiviso delle cose che compongono il fondo sociale. Quali sono i diritti dei suoi creditori su questo fondo? Anche qui bisogna applicare il principio che i creditori non hanno altro diritto che quello del loro debitore. Il socio ha un diritto indiviso ristretto dall'egual diritto degli altri soci, diritto ch'egli non può realizzare finchè dura la società, e non spetta a lui provocarne lo scioglimento. Il diritto dei creditori è soggetto alle stesse restrizioni. Possono essi sequestrare i beni indivisi e farli vendere finchè dura la società? No, perchè sarebbe come provocare lo scioglimento della società, ed essi non possono, in nome del loro debitore, esercitare un diritto che questi non ha. Essi devono aspettare lo scioglimento della società per domandarne la liquidazione e la divisione. Eserciteranno poi i loro diritti sui beni messi nella quota del loro debitore. Questi non ha mai avuto alcun diritto sugli altri beni messi nel lotto dei suoi consoci. Ciò prova che prima della divisione i creditori non possono sequestrare i

---

(1) Cassazione, 11 marzo 1806 (DALLOZ, v. *Société*, n. 634).

beni che compongono il fondo sociale, perchè sequestrerebbero beni sui quali il loro debitore non ha mai avuto alcun diritto.

Così anche dopo lo scioglimento della società, e prima della divisione della massa, i creditori non possono agire sui beni che compongono la massa, e non lo potrebbero nemmeno se avessero un diritto reale sugli oggetti di cui domandassero la divisione. Tale sarebbe il caso in cui un socio vendesse la sua parte indivisa in un oggetto sociale. Questa vendita non attribuisce alcun diritto attuale al compratore, per la ragione che l'esistenza stessa della vendita è subordinata al risultato della divisione. Se la cosa è compresa nel lotto d'un socio non venditore, la vendita cade, ed è quindi impossibile che prima della vendita il compratore, al pari di ogni altro creditore, agisca sul fondo comune. Soltanto colla divisione i diritti del loro debitore saranno determinati, e prima che lo siano, i creditori si trovano nell'impossibilità di agire. Il solo diritto che possano esercitare, dopo lo scioglimento della società, è quello di domandare la liquidazione e la divisione in nome del loro debitore.

Questi principii discendono dalla natura del diritto spettante al socio e, per conseguenza, ai suoi creditori. Si può appoggiarlo per analogia sull'art. 2205. Dopo aver detto che il creditore può chiedere l'espropriazione dei beni immobili del suo debitore, la legge soggiunge: « Tuttavia la parte indivisa del coerede negli immobili d'una eredità non può essere posta in vendita dai suoi creditori personali prima della divisione o licitazione ch'essi possono provocare, se lo credono conveniente, o nella quale hanno diritto d'intervenire, conformemente all'art. 882 ». Il motivo di decidere è lo stesso in tutti i casi in cui vi ha indivisione, risulti questa da una società o da una successione. È impossibile sequestrare ed espropriare come beni del debitore beni che gli appartengono per indiviso, perchè, se i beni cadessero nella quota d'uno degli altri soci comproprietarii, ne risulterebbe che i creditori avrebbero espropriato un bene sul quale si ritiene che il loro debitore non abbia mai avuto alcun diritto. Bisogna dunque, prima di procedere all'espropriazione, che la comunione cessi colla divisione, salvo ai creditori intervenire nella divisione per vegliare a che non sia fatta in frode dei loro diritti (1).

---

(1) DURANTON, t. XVII, p. 495, n. 445. AUBRY e RAU, t. IV, p. 560 e seg., § 381 Parigi, 10 giugno 1869 (DALLOZ, 1870, 1, 304).

N. 2. — **Creditori della società.**

357. Quando la società è obbligata il creditore ha azione contro tutti i soci, perchè, secondo la nostra opinione, la società è l'insieme dei soci. Tale è pure il linguaggio del codice. Il capo III è intitolato: « Delle obbligazioni *dei soci* a riguardo dei terzi ». La legge non parla delle obbligazioni della *società*. Ciò perchè, secondo il sistema del codice, la società non costituisce un ente morale distinto dai soci. Non vi ha dunque una società debitrice, ma dei soci debitori. È in questo senso che l'art. 1862 dice che uno dei soci non può obbligare gli altri se questi non gliene hanno data la facoltà. Dunque, quando uno dei soci ha facoltà d'obbligare gli altri, questi si trovano obbligati personalmente dalle obbligazioni che il socio ha contratto in loro nome. Non si parla mai d'una società obbligata. L'art. 1863 decide che i soci, obbligati come tali, sono tenuti verso i creditori per una parte virile, il che implica che il creditore agisce contro i soci. Infine, l'art. 1864 ripete ciò che aveva già detto l'articolo 1862, cioè che il socio il quale contratta per conto della *società* vincola i *soci* quando questi gliene abbiano data facoltà o la cosa sia tornata a vantaggio della *società*. Così, quantunque l'obbligazione sia stata contratta per conto della *società*, o le abbia giovato, non è la società che è debitrice, ma sono i soci che si trovano vincolati.

358. Dal fatto che i creditori della società sono creditori dei soci si deve conchiudere che non vi ha alcuna differenza fra i creditori della società e i creditori personali dei soci? Noi chiamiamo creditori personali del socio quelli che non hanno contrattato con lui nella sua qualità di socio. Poco importa la causa dell'obbligazione. Sia essa un debito sociale od un debito proprio del socio, costui è sempre obbligato personalmente in entrambe le ipotesi. Dunque tutti i creditori, sociali o non sociali, sono creditori personali dei soci. Dovrà dirsi per questo che debbasi applicare ai creditori della società quanto abbiamo detto dei creditori dei soci? (nn. 354-356). Vi hanno delle differenze, ma importa precisarle. A nostro avviso, si sono esagerate per dedurne conseguenze che ci paiono inammissibili.

La sede della questione è nell'articolo 1861 Esso è stato invocato per stabilire una differenza radicale fra i creditori della società e i creditori dei soci, dando ai primi una preferenza sui secondi. Noi crediamo che l'art. 1861 deve essere eliminato dalla questione. Esso suppone che uno dei soci si associ un cointeressato, o che ceda la sua porzione in tutto o in parte. Il cointeressato e il cessionario non sono creditori propriamente detti, ma sub-associati, a riguardo del socio che ha trattato con loro. Durante la società essi non hanno alcuna azione sul

fondo sociale, poichè la legge non li considera come soci. Non può esservi dunque alcun contatto o conflitto fra il cointeressato o il cessionario e i creditori della società. Quello che il codice dice dei cointeressati o cessionarii non riguarda i creditori sia della società, sia dei soci, e quindi non si può invocare l'art. 1861 per indurne che i creditori della società hanno diritti che non spettano ai creditori dei soci, e che, nel conflitto di questi creditori, la preferenza spetti ai creditori della società.

359. Noi facciamo astrazione dall'art. 1861, e domandiamo quali siano i diritti dei creditori della società. Questi sono creditori dei soci. I soci hanno un patrimonio loro proprio ed hanno pure un diritto indiviso nella società. I creditori della società hanno per garanzia i beni proprii dei soci, poichè questi sono debitori personali. Su tale patrimonio i loro diritti sono, senza alcun dubbio, assolutamente gli stessi di quelli dei creditori particolari dei soci. Ma i creditori della società hanno per garanzia anche i diritti indivisi che spettano ai soci nella società. Havvi, sotto questo rapporto, differenza fra i creditori sociali e i creditori dei soci? I loro diritti sono più estesi nel senso che sono creditori di tutti i soci, mentre i creditori dei soci non hanno per debitore che quello col quale hanno contrattato. Di qui una conseguenza importantissima. I creditori d'un socio non possono far nulla che nuoca agli altri soci: essi non possono praticare un sequestro sopra un credito sociale, in danno dei soci che non sono loro debitori (n. 355). Questa restrizione non è applicabile ai creditori della società, poichè essi hanno per debitori tutti i soci. Ecco una differenza fra i creditori sociali e i creditori dei soci. Ve n'è anche un'altra. I creditori dei soci non possono agire sulla parte indivisa del loro debitore nelle cose sociali, perchè non si sa quali sono i beni che appartengono al loro debitore. Soltanto la divisione li determinerà (n. 356). Accade lo stesso dei creditori sociali? No, perchè tutti i beni della società costituiscono, indubbiamente, la loro garanzia. Poco importa dunque che questi beni siano indivisi: essi sono nel patrimonio dei loro debitori, e quindi i creditori possono sequestrarli ed espropriarli, poichè sequestrano ed espropriano beni che sono proprietà dei loro debitori. Nessuno di questi può obbiettare ai creditori ch'essi escutono beni che non gli appartengono e che devono ottenere la divisione. I creditori risponderebbero loro che i beni appartengono in ogni caso a tutti i soci, e quindi a tutti i loro debitori. Essi sono dunque la loro garanzia e possono essere da loro realizzati.

360. Ecco due differenze fra i creditori della società e i creditori dei soci. Se ne deve conchiudere che i creditori sociali hanno un diritto di preferenza sui creditori dei soci? A nostro avviso no. L'art. 2093 dispone: « I beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e il prezzo di questi beni si distribuisce fra loro per contribuzione, a meno che non vi siano fra

i creditori cause legittime di preferenza ». Quali sono queste cause legittime di preferenza? L'art. 2094 risponde: « Le ipoteche e i privilegi ». Nella specie non si tratta nè di privilegi nè di ipoteche. Vi ha concorso di creditori, tutti personali, sebbene la causa della loro obbligazione sia diversa. Ora, fra i creditori personali, il ricavo dei beni si distribuisce per contribuzione.

Vi ha un motivo per non applicare il principio dell'art. 2093 al concorso dei creditori sociali e dei creditori personali dei soci? Vi sarebbe una ragione decisiva di non applicarlo se la società costituisse una persona civile, distinta dai soci. Secondo tale opinione, i creditori dei soci non potrebbero concorrere coi creditori della società, perchè non sarebbero creditori della società. Solo dunque i creditori della società avrebbero per garanzia i beni della società. In questo senso, essi sarebbero preferiti ai creditori dei soci sui beni sociali, ma in realtà non vi sarebbe una di quelle cause legittime di preferenza, di cui parla l'articolo 2093, non potendo parlarsi di prelazione fra creditori che non concorrono, poichè hanno debitori diversi. Questa teoria è ammessa per le società di commercio che sono considerate come persone civili (1), e coloro i quali ritengono che le società civili hanno una personalità distinta da quella dei soci applicano la stessa dottrina ai creditori sociali ed ai creditori dei soci (2). Al contrario, coloro i quali non ammettono la personificazione delle società civili respingono la conseguenza che ne deriva. Essi equiparano le due categorie di creditori e applicano ad entrambe il principio dell'articolo 2093 (3).

Si pretende che le differenze che esistono fra i creditori sociali e i creditori dei soci conducono necessariamente ad una preferenza dei primi sui secondi (4). Noi crediamo che si esagerino queste differenze, perchè si viene a creare un diritto di preferenza fra creditori che hanno lo stesso debitore, senza che vi sia fra loro una delle cause legittime di preferenza ammesse dalla legge, il che sarebbe violare l'art. 2093. Il solo modo di giustificare una preferenza sarebbe di non considerare i creditori dei soci come creditori della società, il che ristabilirebbe la personificazione civile della società. Si dirà che il codice, poco logico e poco curante del rigore romano, ha ammesso una conseguenza della personalità pur respingendola? Anche questo non è esatto. Il codice non conosce creditori della società, ma solo creditori

---

(1) Vedi le fonti in PONT, p. 97, n. 125.

(2) Vedi gli autori citati da PONT, p. 445, nota 5.

(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 566, nota 7, § 383. Cfr. Cassazione, 11 maggio 1870 (DALLOZ, 1870, 1, 405).

(4) THIRY, *Del rapporto esistente nelle società civili fra i soci e i terzi* (*Rivista critica*, t. VII, anno 5.°, p. 289). PONT ha accettato questa opinione, p. 445 e seg. AUBRY e RAU la respingono senza combatterla direttamente.

dei soci (n. 357). Esso non fa alcuna distinzione fra coloro che contrattano colla società e quello che contrattano con un socio: tutti sono egualmente creditori personali dei soci, e quindi tutti devono avere gli stessi diritti. Se i creditori della società hanno per garanzia il patrimonio sociale e il patrimonio proprio dei soci, i creditori dei soci hanno per garanzia gli stessi patrimonii. Non vi ha che una differenza. I creditori dei soci non possono sequestrare i beni sociali, mentre i creditori sociali hanno questo diritto. Si dirà che da ciò risulta precisamente il diritto di preferenza dei creditori sociali almeno durante la società? In apparenza, sì, ma in realtà, no. Supponiamo che i creditori sociali sequestrino i beni della società e li facciano vendere. Avranno essi un diritto esclusivo sui denari provenienti dalla vendita? No, i creditori dei soci si presenteranno alla distribuzione e saranno collocati. Perchè li ammettiamo alla contribuzione quando non permettiamo loro di procedere? Perchè il motivo pel quale essi non potevano agire sui beni sociali viene a cessare una volta che i beni si distribuiscono fra i creditori. Se non vi ha più nulla d'indiviso fra i soci, poichè i beni indivisi sono venduti, i denari appartengono ai creditori. Ora, fra questi creditori si trovano i creditori dei soci. Escludendoli si toglie loro una parte della loro garanzia, perchè una parte dei beni venduti spettava al socio loro debitore. Con qual diritto i creditori sociali li priverebbero di questa garanzia che la legge accorda loro?

Secondo l'opinione che combattiamo, si ammette che i creditori sociali non hanno preferenza sui creditori dei soci che durante la società. Dopo lo scioglimento della società, tutti i creditori sono posti alla stessa stregua ed esercitano gli identici diritti. Su ciò vi ha dubbio, ma la differenza che si stabilisce fra le due ipotesi non prova contro la dottrina che l'ammette? Come mai? I creditori sociali hanno o non hanno un diritto di preferenza secondo che agiscono durante la società o dopo lo scioglimento? Si concepisce un diritto di preferenza temporaneo e accidentale? Giacchè lo scioglimento della società dipende da un accidente, dalla morte di uno dei soci, dalla sua interdizione, dalla sua insolvibilità. Un creditore agisce contro la società. Durante la causa la società si scioglie. Avrà egli un diritto di preferenza? Accordandoglielo, si va contro l'art. 2093 e contro la dottrina stessa che glielo rifiuta dopo lo scioglimento della società. Rifiutandoglielo, si va in contraddizione con questa stessa dottrina e col principio che fa retroagire le sentenze al giorno della domanda. Una dottrina così piena di contraddizioni non potrebbe essere ammessa se non fosse espressamente stabilita dalla legge. Ora, essa non ha altra base legale che induzioni tratte dall'art. 1861, e questo articolo non parla nemmeno dei creditori (n. 358). È dunque una dottrina extra-legale, e perciò la respingiamo.

361. Si presenta un'altra difficoltà in questa grave materia.

tanto più difficile, bisogna confessarlo, perchè gli interpreti hanno immaginato teorie che il codice ignora. Si domanda se i debitori della società possano opporle in compensazione ciò che i soci devono loro. Stando al testo ed allo spirito della legge, la decisione non è dubbia. La società sono i soci. Dire che la società è obbligata è quanto dire che lo sono i soci (n. 357). Per la identica ragione, quando io sono debitore della società sono debitore dei soci. Non è dunque mai la società, come tale, che è creditrice o debitrice: sono i soci, e quindi i debiti sociali possono compensarsi coi debiti dei soci, poichè i debiti sociali sono i debiti dei soci (vol. XVIII, n. 436).

Che cosa si oppone a questa dottrina? Si dice che la società è un ente morale. È questa persona civile che è creditrice o debitrice, non sono i soci. Quando dunque io sono debitore della società, non posso opporre in compensazione ciò che un socio mi deve, poichè la società e il socio sono due persone diverse, e quindi esulano i termini della compensazione (1). Noi abbiamo già respinta la teoria della personificazione. Essa non trova appoggio nè nella tradizione, nè nel testo, nè nello spirito della legge. Se la teoria è erronea, cade necessariamente anche la conseguenza che se ne deduce.

Si obbietta che anche quando non si consideri la società come una persona civile, la difficoltà sussiste per quanto riguarda la compensazione. Secondo la teoria di Thiry e Pont si distingue. Se il creditore della società diviene debitore di questa, vi ha luogo a compensazione, perchè i creditori sociali possono chiedere il loro pagamento tanto sui beni della società e sui crediti quanto sulle altre cose. Nulla si oppone dunque a che il debitore dia in pagamento di ciò che deve alla società un credito sociale. Non accade lo stesso dei crediti che il debitore della società ha contro i soci. Finchè dura la società, egli non ha per garanzia i beni sociali. Egli è dunque debitore della massa sociale senza esserne creditore, e quindi la compensazione è impossibile (2). Ove sta scritto, domanderemo noi, che il creditore di un socio non ha per garanzia i beni della società? A termini dell'art. 2093, egli ha per garanzia tutti i beni e i diritti del suo debitore, e quindi anche i diritti che al debitore spettano sul fondo sociale. Contestargli questo diritto è fare un'eccezione all'art. 2093. Ma può esservi eccezione senza testo? Che importa se, durante la società, il creditore di un socio non può espropriare la società? Ciò non toglie che il creditore abbia una garanzia sul fondo sociale, nello stesso modo che il socio è comproprietario, quantunque non possa domandare la liquidazione e la divisione del fondo comune. Basta che vi sia de-

(1) TROPLONG, LAROMBIÈRE e la giurisprudenza (PONT, p. 449, n. 670, nota 1).
(2) THIRY, nella dissestazione succitata (*Rivista critica*, t. VII, p. 302), seguìto a PONT, p. 449, n. 670.

bito e credito fra le stesse persone perchè la compensazione si operi di pien diritto; non occorrono nè atti giudiziali nè espropriazione. Dunque le difficoltà concernenti la realizzazione del diritto contro la società sono fuori di causa allorchè si tratta di compensazione e conseguentemente si eccede la legge quando se ne deduce la conseguenza che la compensazione è impossibile per queste difficoltà.

CAPO V.

Dei varii modi con cui finisce la società.

362. Vi hanno cause che pongono fine alla società di pien diritto. Ve ne sono altre che dipendono dalla volontà di un socio o dalla decisione del giudice.

Le prime sono enumerate dall'art. 1865, nn. 1-4, il quale dispone: « La società finisce: 1.° per lo spirare del tempo per cui fu contratta; 2.° per l'estinzione della cosa o per il compimento dell'affare; 3.° per la morte naturale di alcuno dei soci; 4.° per la morte civile, per l'interdizione o per il fallimento di alcuno di essi ». Bisogna escludere la morte civile, che è abolita nel Belgio ed in Francia.

Noi diciamo che, in questi diversi casi, la società finisce di pien diritto. È quello che ha dimostrato Merlin coll'evidenza che è caratteristica delle sue dimostrazioni (1). La società *finisce,* dice la legge. Quale concetto presentano queste parole? Quello del diritto di domandare lo scioglimento della società? No, ma bensì quella di questo scioglimento stesso, operato *ipso facto.* Non dipende dunque dai soci di rifiutarsi allo scioglimento della società. La società si scioglie, sia che essi lo vogliano, sia che non lo vogliano. Senza dubbio le parti interessate possono mantenere la società quando la cosa è possibile, ma occorrerà all'uopo una nuova convenzione, e, per conseguenza, vi sarà una nuova società. I soci non possono mantenere l'antica società quando essa è sciolta di pien diritto in forza della legge. Lo scioglimento è un fatto compiuto, e non vi ha potenza umana che possa disfare un fatto consumato. Uno dei soci muore. I superstiti possono restare in società, ma sarà una società nuova. È impossibile che l'antica società continui, poichè essa

---

(1) MERLIN, *Questioni di diritto,* v. *Société,* § IX.

è stata disciolta di pien diritto in causa della morte, e se vi ha un fatto che sfugga alla potenza della nostra volontà è appunto la morte. Merlin, il giureconsulto tradizionale per eccellenza, ama citare la tradizione. Vi ha una delle cause enumerate dall'art. 1865, il fallimento, che dà luogo a qualche difficoltà. Ritorneremo sull'argomento. Il fallimento di un socio scioglie la società di pien diritto? Il testo risponde alla domanda, poichè equipara il fallimento alla morte. Esso ne differisce però nel senso che la morte è un avvenimento naturale, inevitabile, indipendente dalla volontà, mentre il fallimento è un fatto personale al socio, un fatto che gli è imputabile, il che non toglie che la società sia risolta di pien diritto. Se i soci vogliono continuare nella società, lo possono, ma vi sarà una nuova società, dicono le leggi romane, prova certa che la prima società si è sciolta senza la volontà dei soci, anzi loro malgrado, poichè la loro volontà è di mantenerla. La legge permette senza dubbio ai soci di continuare la loro associazione, ma non può permettere loro l'impossibile. Tutto quello che essi possono fare è di stipulare nel loro patto sociale che la società non sarà sciolta per il fallimento o la morte, o per una delle altre cause previste dall'art. 1865, sempre nei limiti del possibile. Si concepisce che i soci convengano che la società continuerà malgrado l'estinzione della cosa che costituisce il fondo sociale? Non vi ha contratto senza oggetto, e i soci non possono fare che vi sia una società quando non vi ha un fondo sociale.

363. Vi hanno cause che pongono fine alla società per la volontà di un socio o per la decisione del giudice. L'art. 1865 dispone che la società finisce per la volontà espressa da uno o più soci di non volere continuare in essa. Diremo più avanti a quali società si applica questo principio. La legge eguaglia questa quinta causa alle prime quattro. In un certo senso è vero il dire che la società finisce di pien diritto. Dal momento che uno dei soci dichiara che non vuol più stare in società, questa è disciolta, e non potrebbe essere mantenuta dagli altri soci nè dall'autorità del giudice Però vi ha una gran differenza fra la rinuncia del socio e le altre cause che pongono fine alla società. Anzitutto occorre una manifestazione di volontà mentre, nelle prime quattro cause, la volontà non ha alcuna parte, almeno all'atto dello scioglimento della società. Poi la semplice volontà non basta per sciogliere la società. La legge vuole che la rinuncia sia fatta in buona fede e non fuori di tempo. Il giudice potrebbe dunque, malgrado la rinuncia del socio, mantenere la società decidendo che il socio ha rinunciato in mala fede e fuori di tempo.

Lo scioglimento si fa per sentenza del giudice quando è domandato da uno dei soci per causa legittima (art. 1869). Tale è il caso in cui un socio manchi alle sue obbligazioni. Vi ha luogo allora allo scioglimento della società in forza della condizione risolutiva tacita, la quale non opera di pien diritto, e per cui occorre una sentenza del giudice.

SEZIONE I. — **Dei casi nei quali la società finisce di pien diritto.**

§ I. — *Dello spirare del tempo.*

364. « La società finisce collo spirare del tempo per cui fu contratta » (art. 1865, 1.°). Se l'atto sociale stabilisce la durata della società, questa finisce di pien diritto collo spirare del termine. È l'applicazione del diritto comune. Le convenzioni hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte (art. 1134). È in forza di questa legge che la società è sciolta, e quindi è sciolta per volontà delle parti, ma questa volontà è espressa nel contratto, e non ha più mestieri di essere espressa alla scadenza del termine. Anzi le parti, una volta scaduto il termine, non possono far sì che lo scioglimento non abbia avuto luogo, perchè è un fatto compiuto (n. 362). Esse possono soltanto prorogare la società. Diremo più avanti qual sia l'effetto di questa proroga.

365. Le parti contraenti sono libere di dare alla società quella durata che vogliono. Ciò risulta dall'art. 1844, il quale è così concepito: « Non essendovi patto relativo alla durata della società, questa si presume contratta per tutta la vita dei soci, sotto le limitazioni prescritte dall'art. 1869. Se però si tratta d'affare il quale non duri che per un determinato tempo, la società s'intenderà contratta per tutto il tempo per cui deve durare lo stesso affare ». L'art. 1869, al quale l'art. 1844 rimanda, contiene una disposizione importantissima. Quando la durata d'una società è illimitata, essa può essere sciolta per volontà di una delle parti, mentre lo scioglimento della società a tempo non può essere chiesto prima del termine convenuto. Quando la società è a termine, e quando la sua durata è illimitata? Ritorneremo sulla questione trattando dello scioglimento che avviene per volontà di un socio. L'art. 1844 decide una difficoltà che si presenta in questa materia. Supponiamo che il patto sociale non fissi la durata della società. Ne risulterà che essa ha una durata illimitata, e, per conseguenza, potrà essere sciolta per volontà di un socio? Bisogna distinguere, secondo l'art. 1844. Se si tratta di un affare la cui durata sia limitata, anche la società avrà una durata limitata, il tempo che deve durare l'affare. È sottinteso che, in questo caso, la volontà di un socio non può metter fine alla società. Essa finirà, di pien diritto, coll'affare pel quale è stata contratta. Ma se si tratta d'una serie d'operazioni, non si può più assegnare un dato limite alla società. La legge decide che, in questo caso, si ritiene che essa sia contratta per tutta la vita dei soci. Secondo lo spirito delle nostre leggi moderne, non si possono contrarre obbligazioni perpetue. E già un'obbligazione perpetua, dal punto di vista dell'uomo, un'obbligazione

contratta a vita. Anche le leggi romane chiamano le società a vita società perpetue. La legge ammette società a vita, sebbene riprovi la locazione d'opera contratta a vita (art. 1780), perchè le società vanno favorite, mentre la dipendenza di un domestico per tutta la sua vita, avrebbe costituito un attentato alla sua libertà. D'altronde, non avendo la società termine convenzionale e non essendo limitata ad un dato tempo dalla durata dell'affare che ne forma l'oggetto, bisognava assegnarle un limite qualunque, e il meno arbitrario è quello della vita dei soci. Questa specie di perpetuità non ha, del resto, alcun inconveniente, perchè la legge assimila la società a vita alla società di durata illimitata e permette, conseguentemente, a ciascuno dei soci di porvi fine colla sua volontà.

366. Il termine può essere espresso o tacito. È tacito nel caso previsto dall'art. 1844, ma non è mai presunto. È questo il diritto comune quale fu da noi esposto al titolo delle *Obbligazioni*.

Il termine non è sempre il limite certo della società, nel senso che la società finisca necessariamente collo spirare del termine. Tutto dipende dall'intenzione delle parti contraenti. Se la loro volontà è di metter fine alla società collo spirare del termine, la legge del contratto riceverà piena esecuzione. È il caso previsto dall'art. 1865, n. 1, ed è certamente l'ipotesi più comune. Ma può darsi che le parti abbiano fissato un termine supponendolo sufficiente per esaurire l'affare che forma l'oggetto della società. Se si sono ingannate e se, allo spirare del termine, le operazioni sociali non sono ancora compiute, si dirà ciononostante, stando al testo dell'art. 1865, che la società finisca col termine? No, certo, perchè s'interpreterebbe il contratto contro l'intenzione delle parti. Ora, la prima regola d'interpretazione che il codice stabilisce fa un dovere al giudice di ricercare quale sia stata l'intenzione delle parti, anzichè fermarsi al senso letterale delle parole (art. 1156), e, nella specie, l'intenzione delle parti non potrebbe essere dubbia. Esse vogliono fare un'operazione in comune, e vogliono naturalmente terminarla. Dunque, sebbene abbiano fissato il termine probabile della loro convenzione, il vero termine è quello del compimento dell'affare. Le parti si trovano, in realtà, nel caso previsto dall'art. 1844. L'affare avendo una durata limitata, la società è contratta per tutto il tempo che questo deve durare (1).

Vi ha sulla questione un'eccellente sentenza della Corte di Bruxelles. Due persone si rendono aggiudicatarie, nel 1806, dei lavori da eseguirsi nel porto d'Anversa negli anni 1806 e 1807, e si associano un terzo intraprenditore. I lavori non sono

---

(1) DURANTON, t. XVII, p. 518, n. 461. DUVERGIER, p. 503, n. 414. PONT, pagina 456, n. 684.

terminati nel 1807. Nel marzo 1808 un decreto ordina la continuazione dei lavori in base a nuovi piani. Il 28 luglio uno degli aggiudicatari si obbliga ad eseguire i lavori agli stessi prezzi e condizioni della prima aggiudicazione, e pretende poi che il terzo associato all'aggiudicazione primitiva sia estraneo alla nuova impresa, essendo stata la prima società risoluta di pien diritto alla fine dell'anno 1807, termine pel quale era stata contratta. Vi era un motivo di dubitare, cioè che era intervenuto un nuovo decreto ed aveva avuto luogo una nuova convenzione. Il primo giudice dichiarò sciolta la società, ma la sentenza fu riformata dalla Corte d'appello. Essa comincia a constatare in fatto che l'atto d'associazione comprendeva tutti i lavori da eseguirsi al porto d'Anversa. I lavori consistevano in sterramenti: vi erano poi palafitte, e infine murature e pavimenti. Tutti questi lavori entravano nel contratto sociale, il quale non poteva finire che dopo la loro completa esecuzione. Se le parti avevano fissato un termine di due anni, è perchè il Governo voleva così, ma questo termine non implicava che alla sua scadenza la società dovesse finire quand'anche i lavori non fossero terminati, perchè lo spirare del termine non scioglieva gli aggiudicatari dalle loro obbligazioni, ed è per l'esecuzione di queste obbligazioni che la società era stata contratta. Ora, alla fine del 1807, la terza serie dei lavori non era nemmeno incominciata, di modo che, dovendo i lavori continuare, la società sussisteva necessariamente. Restava l'obbiezione del nuovo contratto fatto nel 1808 da uno degli aggiudicatari. La Corte risponde che i lavori che formavano l'oggetto di questa convenzione erano quegli stessi che avrebbero dovuto essere, ma che non erano stati eseguiti negli anni 1806 e 1807. Le modificazioni che il Governo vi aveva introdotte non ne avevano cambiato la natura. La convenzione stessa annunciava espressamente che si trattava della continuazione dei lavori intrapresi nel 1806. L'aggiudicatario che firmò il nuovo contratto aveva torto di contestarlo, poichè si era servito, per eseguire i lavori dei materiali, utensili e strumenti acquistati in comune dai soci nel corso degli anni 1806 e 1807. Egli non aveva diritto di servirsene se l'associazione era sciolta. Servendosene, attestava egli stesso che la società sussisteva tuttavia (1).

367. La società a tempo finisce di pien diritto collo spirare del termine. Può finire prima per volontà dei soci? È certo che lo scioglimento, giusta l'art. 1871, non può essere chiesto da uno dei soci. La stessa maggioranza non avrebbe il diritto di pronunciare lo scioglimento della società, ma occorrerebbe il consenso di tutti i soci. La Corte di Parigi ha giudicato così (2),

---

(1) Bruxelles, 13 gennaio 1810 (DALLOZ, v. *Société*, n. 643). Cfr. Nîmes, 2 gennoio 1839 (DALLOZ, *l. c.*, n. 644). Quest'ultima decisione ne sembra dubbia, almeno per quanto concerne la motivazione.

(2) Parigi, 20 maggio 1869 (DALLOZ, 1870, 2, 12).

e non vi ha dubbio. È l'applicazione del principio elementare dell'irrevocabilità delle convenzioni. Esse non possono venir revocate se non col mutuo consenso di coloro che le hanno formate (art. 1134). La maggioranza non ha diritto di sciogliere la convenzione imponendo la sua volontà alla minoranza.

368. La società a tempo limitato può essere prorogata (articolo 1866). È necessario il consenso di tutti i soci per convalidare la proroga. Infatti, con essa, o si fa una nuova società, come diremo più avanti, o si modifica l'antica. Vi ha dunque, in ogni caso, un nuovo patto sociale, il quale non può formarsi che col concorso delle volontà di tutte le parti interessate. Non vi ha alcun dubbio. Si domanda in qual modo debba essere manifestato il consenso. La proroga deve essere espressa, o può anche essere tacita? La giurisprudenza si è pronunciata per la validità della proroga tacita (1), ed è cosa evidente, poichè è l'applicazione dei principii generali che reggono il consenso. Il consenso può esprimersi tanto con fatti quanto con parole. Vi hanno contratti taciti, come la tacita riconduzione. Tale è pure uno dei contratti più frequenti, il mandato tacito che il marito dà alla moglie per gli affari della casa. Così accade della società. Quando, allo spirare del termine fissato per la sua durata, i soci continuano le loro operazioni, manifestano con ciò la volontà di continuare la società. Non vi ha difficoltà che per la durata della proroga tacita, ma si applicano i principii che determinano la durata della società nel silenzio della convenzione (n. 365).

369. Altra è la questione di sapere come debba essere provata la proroga. L'art. 1866, che risponde alla questione, è redatto assai male. Esso dispone: « La proroga d'una società a tempo limitato non può essere provata che mediante uno scritto rivestito delle stesse formalità del contratto di società ». Si potrebbe indurre da ciò che, se il contratto originario fosse stipulato per atto autentico o per scrittura privata, la proroga dovrebbe necessariamente essere comprovata nella stessa forma, il che non ha senso, poichè le parti sono libere di contrattare come credono anche senza stendere alcun atto, salva la difficoltà della prova. Gli autori del codice hanno seguito Pothier, il quale non si esprime colla sua solita esattezza: « La proroga, egli dice, non può provarsi se non mediante un atto per iscritto, che l'ordinanza del 1673 sottopone alle stesse formalità degli atti coi quali la società viene contratta » (2). La redazione è meno cattiva di quella del codice, ma anche Pothier ha torto di dire che la proroga non può provarsi che con uno scritto. La proroga non è, al pari della società, un atto solenne; essa si prova secondo il diritto comune. L'art. 1341 esige, a dir vero, uno scritto per ogni

(1) Rigetto, sezione civile, 14 marzo 1848 (Dalloz, 1848, 1, 120).
(2) Pothier, *Della società*, n. 139.

contratto, ma soltanto quando la cosa ecceda la somma di cento cinquanta lire, e non esige uno scritto se non nel senso che la prova testimoniale non è ammissibile oltre questa somma, come non è ammissibile quando vi ha un principio di prova per iscritto. Bisogna dunque applicare alla prova della proroga quanto abbiamo detto della prova della società (nn. 170-172). La dottrina (1) e la giurisprudenza (2) sono in questo senso.

370. Le più semplici questioni di prova danno luogo a difficoltà. Uno dei nostri buoni scrittori dice che la proroga tacita può provarsi con testimoni, poichè non è una convenzione propriamente detta, un patto nuovo, è l'esistenza di fatti ed opere di cui le parti non potevano esigere alcuna prova scritta (3). Questo è, a nostro avviso, certamente un errore. La proroga tacita è una proroga come la proroga espressa. Ora, la proroga non può farsi che col concorso delle volontà di tutte le parti interessate. Questo concorso di volontà forma una convenzione, e quindi cade sotto l'applicazione dell'art. 1341. Non è uno di quei fatti puri e semplici che possono provarsi indefinitamente per testimoni, ma un fatto giuridico. Le parti sanno che la loro società è sciolta, e proseguono nelle loro operazioni coll'intenzione di continuare la società. Che importa che il loro consenso si manifesti con fatti o con parole? Vi ha sempre consenso, e quindi contratto, e per conseguenza le parti potevano e dovevano procurarsi una prova scritta della loro convenzione. Se non l'hanno fatto, non saranno più ammesse a provare la proroga con testimonii.

371. La proroga costituisce una nuova società? Boutteville, il relatore del Tribunato, risponde: « Quando la società è sciolta o non esiste più, continuandola, prorogandola se ne contrae realmente una nuova ». Troplong e Pont dicono che è un errore (4). Noi crediamo che si debba distinguere. Quando le parti prorogano la società prima dello spirare del termine, modificano soltanto il patto sociale, e modificarlo equivale a mantenerlo. La società prorogata sarà sempre la prima società. Ma quando il termine è spirato, e così suppone il Boutteville, la società è sciolta di pien diritto; essa non esiste, e quindi la proroga equivale alla costituzione d'una nuova società. Abbiamo detto che accade così in tutti i casi in cui la società è continuata dopo essere stata sciolta di pien diritto (n. 362), e la legge non deroga al diritto comune in quanto riguarda la società a tempo limitato. In appoggio alla nostra opinione, invocheremo l'art. 1738,

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 567, nota 2, § 384. PONT, p. 458, nn. 688 e 689.

(2) Rigetto, 12 dicembre 1825 (DALLOZ, v. *Société*, n. 256), e 19 luglio 1852, (DALLOZ, 1852, 1, 299). Bruxelles, 11 febbraio 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 302, e DALLOZ, v. *Société*, n. 646).

(3) PONT, p. 458, n. 690.

(4) BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 20 (LOCRÉ, t. VII, p. 251). TROPLONG, n. 815. PONT, p, 457, n. 686.

che prevede il caso della riconduzione tacita. La prima locazione cessa di pien diritto allo spirare del tempo fissato. Se le parti prorogano la locazione tacitamente, il conduttore rimanendo indisturbato in possesso, quale sarà l'effetto di questa proroga tacita? L'art. 1738 risponde che si opera una nuova locazione. È sempre l'applicazione del diritto comune. Un contratto risolto non può più rivivere. Ora, esso rivivrebbe se la proroga avesse l'effetto di farlo continuare dopo che ha cessato di esistere.

Che cosa si dice in favore dell'opinione contraria? Pont non motiva la sua decisione, rimettendosi senza dubbio a Troplong che cita. E che dice Troplong? « È la medesima società, la quale sussiste senza interruzione fra le stesse persone, con lo stesso capitale, lo stesso scopo, e non presenta modificazione che nel tempo della sua durata ». Si potrebbe dire identicamente la stessa cosa della riconduzione tacita, eppure la legge stabilisce che essa forma una nuova locazione. Troplong soggiunge: « La società prorogata oltre il termine primitivamente convenuto è in uno stato d'integrità simile affatto a quello della società di cui una delle clausole portasse che la morte di uno dei soci non impedirebbe ch'essa continuasse cogli eredi o coi soci superstiti ». Troplong giustifica un errore con un altro errore. Quando una clausola del patto sociale stipula che la società continuerà cogli eredi o fra i superstiti, la società non è mai stata sciolta, non vi ha una nuova convenzione, poichè la società continua in forza del patto primitivo, mentre la società a termine finisce di pien diritto collo spirare di questo. Al momento in cui i soci la prorogano non vi ha più società, non vi ha più patto sociale, si forma una nuova convenzione, e quindi una nuova società. Come può un giureconsulto confondere due situazioni così essenzialmente diverse?

§ II. — *Estinzione della cosa.*

372. « La società finisce, 2.° per l'estinzione della cosa » (articolo 1865, n. 2). Che intende la legge per *cosa?* L'art. 1832 risponde alla domanda. È dell'essenza della società che i soci mettano *qualche cosa* in comune allo scopo di dividere il guadagno che potrà risultarne. Se questa cosa perisce totalmente, la società non ha più oggetto e senza oggetto non si concepisce contratto. Così vuole il diritto comune. « Quando, dice Pothier, è stata contratta la società d'una determinata cosa, è evidente che la società deve finire coll'estinzione di questa cosa » (1).

La parola *estinzione* implica la perdita *totale* della cosa. Po-

---

(1) POTHIER, *De la société*, n. 140.

thier dà come esempio la morte d'un animale messo in comune. Che dovrà dirsi se la perdita è parziale? Si insegna che anche la perdita parziale può essere una causa di scioglimento, nel caso in cui la parte del fondo comune che è perita sia di tale importanza che lo scopo della società non possa più essere raggiunto (1). È certo però che questo caso non rientra nel n. 1 dell'art. 1865. La società non può finire di pien diritto finchè rimane una cosa che ne possa essere l'oggetto. Solo i tribunali potranno pronunciare lo scioglimento della società, fondandosi sulla perdita parziale. Trattasi di una di quelle *cause* legittime di cui l'art. 1871 lascia al giudice l'apprezzamento. Talvolta l'atto sociale stipula che la società finirà quando il fondo sociale sarà diminuito di un terzo o d'un quarto. In questo caso il tribunale dovrà pronunciare lo scioglimento, poichè tale è la legge del contratto. e lo scioglimento può aver luogo anche di pien diritto, se le parti hanno voluto così.

373. La perdita delle quote d'un socio importa lo scioglimento della società? L'art. 1867 risponde alla domanda. Questa disposizione ha dato luogo a lunghe controversie. Noi l'abbiamo spiegata più sopra (nn. 369-371). Quantunque la legge sia redatta male, il senso non ne è dubbio. È dell'essenza della società che ogni socio abbia una quota, e quindi, quando uno dei soci non ne ha punto, la società deve essere sciolta. Tale è il principio di cui l'art. 1867 contiene alcune applicazioni. La legge distingue fra la collazione della proprietà e la collazione del godimento. Quanto alla collazione del godimento, esso è successivo di sua natura. Se dunque la cosa di cui fu posto in società il solo godimento viene a perire, il socio si trova senza quota, poichè non può più fornire il godimento che aveva promesso, e conseguentemente la società sarà risolta. Se il socio conferisse la proprietà della cosa, bisogna vedere se questa collazione è realizzata dal trasferimento della proprietà alla società. Quando la società è divenuta proprietaria, il socio ha realizzato la sua quota, e la perdita che sopravviene starà a carico della società. Essa non importerà lo scioglimento della società, a meno che la cosa non costituisca il fondo sociale o la maggior parte di questo. Si rientra allora nel caso previsto dal n. 2 dell'articolo 1865. Ma se la cosa promessa viene a perire prima che la proprietà ne sia stata trasferita alla società, il socio non ha quota, e per conseguenza la società sarà sciolta. Quando la proprietà è trasmessa alla società? Su questo punto si applicano i principii generali di diritto.

---

(1) PONT, *De la société*, p. 461, n. 694.

§ III. — *Compimento dell'affare.*

374. Che la società finisca quando l'affare pel quale è stata contratta è compiuto è cosa tanto evidente che era proprio inutile dichiararlo. Pothier lo dice (1), e gli autori del codice hanno riprodotto la sua osservazione. L'art. 1865 equipara il compimento dell'affare all'estinzione della cosa, ma fra le due ipotesi vi ha grande differenza. In un caso, lo scopo della società è raggiunto, di modo che essa non ha più ragion d'essere; nell'altro caso, lo scopo non può più essere raggiunto.

Quando si dirà compiuto l'affare? Pothier dà questo esempio. Due mercanti contraggono società per comperare insieme una certa partita di merci che andranno a vendere ad una fiera. Questa societa sarà finita quando le avranno vendute *tutte*, di modo che, se i mercanti non arrivassero a vendere tutte le loro merci, come facevano conto, la società continuerebbe. Essa si trova modificata, è vero, quanto alla durata; durerà più a lungo di quel che i soci non pensassero, ma finchè l'operazione non è compiuta intieramente, la società conserva la sua ragion d'essere. Si può citare come esempio la sentenza della Corte di Bruxelles che abbiamo riferita al n. 366.

§ IV. — *Morte d'un socio.*

375. « La società finisce per la morte *naturale* di alcuno dei soci ». L'art. 1865, n. 3, parla della morte *naturale*, perchè, nel sistema del codice Napoleone, vi era una morte *civile* che importava pure lo scioglimento della società. La nostra costituzione ha abolito questa orribile finzione, che oggi è abolita anche in Francia.

La morte di un socio risolve la società di pien diritto; di modo che la società non sussiste nè a riguardo degli eredi del socio premorto, nè a riguardo dei soci superstiti. Perchè la legge non ammette gli eredi del socio a prendere il posto del loro autore nella società? Si contratta, in generale, per sè e per i propri eredi, ma l'art. 1122, che stabilisce questo principio, vi aggiunge una restrizione: « a meno che dalla natura della convenzione non risulti il contrario ». Ora, la società è precisamente uno di quei contratti che, per loro natura, non possono trasmettersi agli eredi delle parti contraenti. Essa è fondata sulla fiducia che ispira la capacità, la moralità della persona colla quale si

---

(1) POTHIER, *Della società*, n. 143.

stringe società. Ora, queste qualità personali non sono disgraziatamente ereditarie, e quindi non si poteva mantenere la società a riguardo degli eredi. Rimarrebbero associate persone sconosciute, il che è un non senso quando si tratta d'una società fondata fra persone e su qualità personali. S'intende che, se il capitale sociale è diviso per azioni, e se ogni portatore d'azioni è socio, la morte d'un azionista non arreca nessun cambiamento alla società. In questo caso, sono associati i capitali più che le persone, e le azioni non muoiono mai.

La morte d'un socio scioglie la società anche a riguardo dei superstiti. Pothier ne dà la ragione. Nel contratto di società sono prese in considerazione le qualità personali di un socio. Io non devo dunque essere obbligato, quando uno dei miei soci sia morto, a restare in società cogli altri, perchè può darsi che abbia voluto contrarre la società soltanto in considerazione delle qualità personali del socio premorto (1).

La Corte di Parigi ha fatto l'applicazione del principio alla promessa di società. Due padroni promettono ad un operaio di associarlo alla loro industria a partire da un dato tempo. Prima che scada il termine, uno dei padroni viene a morire. L'operaio reclama danni ed interessi contro il superstite che rifiuta di stipulare la società. È stato giudicato che la promessa era nulla per motivi che è inutile riprodurre. Ma vi era una ragione decisiva, la morte di uno dei futuri soci. Se la morte mette fine alla società già contratta e funzionante, a maggior ragione impedisce alla società di formarsi. Ed essendo la morte un caso fortuito, non poteva parlarsi di danni ed interessi, perchè non vi ha luogo a danni ed interessi quando il debitore è stato impedito dell'adempiere alla sua obbligazione da un caso fortuito (2).

376. Supponiamo che, nell'ignoranza della morte del socio, un altro faccia un'operazione sociale. Questa operazione varrà come tale, in modo da giovare o nuocere a tutti i soci, anche agli eredi? Nell'antico diritto si ammetteva l'affermativa, fondata sopra un legge romana. La legge romana sembra dire che la società sussiste, o che si reputa che sussista. Sarebbe questa una finzione; ma siccome il codice la ignora, così non si può riconoscerla sotto l'impero del medesimo. Despeisses, che si cita, non dice che la società continua. Egli osserva, cosa ben diversa, che il guadagno e la perdita sopravvenuti nel commercio fatto nell'ignoranza della morte del socio devono essere resi comuni, e dà come ragione che il socio ha agito in questa qualità. Despeisses invoca, come fa anche la legge romana, i principii che governano il mandato. È come mandatario che il socio ha fatto l'operazione. Ora, secondo l'art. 2008, ciò che il mandatario

(1) POTHIER, *Della società*, n. 146.
(2) Parigi, 24 febbraio 1860 (DALLOZ, 1860, 2, 84).

fa nell'ignoranza della morte del mandante è valido. Tutti gli autori ammettono questa decisione, la quale si giustifica senza che sia uopo ricorrere alla finzione d'una società che continuerebbe anche quando è sciolta di pien diritto in forza della legge (1).

377. Si domanda se la società è risolta, per la morte di un socio, anche a riguardo dei terzi. L'affermativa non è dubbia, poichè la morte dissolve la società di pien diritto, e quindi rispetto a tutti. Una Corte d'appello si è a questo proposito ingannata applicando alla morte l'art. 46 del codice di commercio, relativo agli atti e *deliberazioni* aventi per oggetto lo scioglimento della società che ha fissato il termine per la sua durata. La legge esige che questo scioglimento anticipato sia reso pubblico. Basta leggere il testo del codice per convincersi ch'esso è estraneo allo scioglimento avvenuto per la morte. Estendere alla morte ciò che il codice di commercio dice d'uno scioglimento convenzionale significa violare la legge. La sentenza è stata cassata (2).

378. Diversa è la questione di sapere se la società deve essere considerata come sussistente a riguardo de' terzi che contrattano coi soci superstiti nell'ignoranza della morte di un socio, o nella credenza che la società continui fra i superstiti. Bisogna distinguere le due ipotesi. Se le parti trattano nell'ignoranza della morte che ha sciolto la società, la negoziazione non sarà meno valida. La convenzione è considerata come sociale; essa giova e nuoce a tutti i soci (n. 376); deve giovare anche ai terzi, e non può essere loro opposta. In questo caso è la buona fede che convalida l'operazione in applicazione dei principii del mandato (art. 2008).

Se i soci superstiti conoscono la morte del loro socio, e se, ciò malgrado, continuano a fare operazioni sociali, quale sarà il valore di queste convenzioni? L'ipotesi è ben diversa da quella che abbiamo esaminato or ora. Non si possono più invocare i principii del mandato; l'art. 2008 è inapplicabile. La società è sciolta ma i soci superstiti possono continuarla, e, di fatto, la continuano facendo le operazioni per le quali la società era stata contratta. Si costituisce dunque una nuova società, come avviene in tutti i casi in cui i soci continuano gli affari sociali dopo che la società è stata risolta di pien diritto. La Corte di cassazione ha giudicato così, ma constatando la buona fede dei terzi. Su questo punto noi abbiamo dei dubbi. Ecco i fatti della causa. Uno dei soci era morto il 21 gennaio 1837. Nonostante la di lui morte, lo stabilimento continuò a funzionare; non si procedette a nessuna liquidazione; i banchieri restarono in relazione colla società. La Corte ne conchiude che la società sussisteva ancora, non solo per i soci superstiti, ma anche per i rappresentanti del socio premorto. I terzi, dice la Corte, che hanno trattato nella credenza

---

(1) Vedi le testimonianze in PONT, p. 466, n. 703.
(2) Cassazione, 10 luglio 1866 (DALLOZ, v. *Société*, n. 983).

che la società sussistesse non hanno potuto essere vittime della loro buona fede (1). A nostro avviso, in questa decisione vi ha confusione e errore. La società era sciolta, i soci e i terzi conoscevano la morte. Se, ciononostante, essi hanno continuato le operazioni sociali, si è formata una nuova società. Questa associazione non può vincolare che i soci superstiti, i quali soltanto l'hanno consentita continuando gli affari. Quanto agli eredi o rappresentanti del socio premorto, essi non potrebbero venir considerati come soci se non nel caso che avessero concorso alle nuove operazioni. Se vi rimasero estranei, non sono più soci; l'antica società è risolta, ed essi non hanno preso alcuna parte nelle operazioni che costituiscono la nuova società.

La Corte invoca la buona fede dei terzi. Noi non vediamo che cosa abbia a fare la buona fede dei terzi in questa quistione. Essi hanno creduto di contrattare coll'antica società. Questa falsa credenza può avere per effetto di rendere la vita ad una società che è morta, e far considerare come soci coloro che hanno cessato di esserlo? Tutto ciò che i terzi potrebbero sostenere si è ch'essi sono caduti in un errore di diritto, che hanno creduto di trattare con una società che esistesse ancora, mentre era sciolta; ma questo errore che, se provato, vizierebbe le convenzioni, non darebbe alcuna azione ai terzi contro i rappresentanti del socio premorto.

379. Nel caso della sentenza che abbiamo riportata, gli eredi minori del socio premorto non erano in causa. La questione si agitava fra i creditori. Essa si è presentata di nuovo davanti la Corte di cassazione, quando gli eredi minori erano parti, ed è stata decisa conformemente ai principii che abbiamo esposti. Uno dei soci era morto lasciando figli minori. Gli affari furono continuati; poi la società fu dichiarata fallita. I creditori pretesero che i figli minori erano rimasti soci, donde seguiva che erano compresi nella dichiarazione di fallimento. La Corte di Grenoble accolse questo sistema. È l'opinione insegnata da Troplong (2), che la fonda sull'autorità delle leggi romane e su quella d'antichi scrittori, scienza sovente indigesta, le testimonianze provando contro colui che le invoca. E' inutile addentrarci nella quistione: i principii più semplici e più sicuri bastano per decidere la difficoltà. La sentenza della Corte di Grenoble venne cassata. La decisione è giusta in sostanza, ma i motivi non sono punto corretti.

La morte risolve la società di pien diritto tanto a riguardo dei terzi quanto fra le parti (n. 377). La buona fede dei terzi può avere per effetto di mantenere la società? Sarebbe una finzione, ed ogni finzione richiede un testo di legge. Ov'è questo testo? Bisogna cercarlo, non già nel diritto romano, ma nel codice civile.

---

(1) Rigetto, 26 luglio 1843 (DALLOZ, v. *Société*, n. 985).
(2) TROPLONG, *Della società*, n. 904.

Il solo articolo che abbia riferimento alla nostra questione è l'art. 2008. Esso mantiene e *convalida* gli atti del mandatario quando questi abbia agito nell'ignoranza della morte del mandante. Stando al rigore del diritto, tali atti sarebbero nulli, poichè il mandato finisce colla morte del mandante, e quindi il mandatario non ha veste per agire. Ecco perchè la legge *convalida* ciò ch'egli ha fatto, tenendo conto della sua buona fede. Si tratta di una disposizione eccezionale di favore e d'equità. Noi l'abbiamo applicata al socio mandatario e, per conseguenza, al terzo che ha trattato con lui. È difficile che l'atto sia valido a riguardo del socio e nullo a riguardo del terzo (nn. 376 e 378). La nostra ipotesi è diversa. Noi vogliamo sapere se la società risolta per la morte si ritiene sussistente per effetto della buona fede dei terzi, mentre i soci conoscono che la società è sciolta, e i terzi credono che non lo sia. Questo caso è tutt'altro da quello previsto dall'articolo 2008. Non è più un mandatario che agisce; sono terzi che allegano la loro buona fede per indurne la continuazione della società. La loro pretesa è in opposizione coll'art. 1865, che dichiara la società disciolta di pien diritto e in modo assoluto.

Senza dubbio i soci superstiti possono continuare gli affari sociali formando di fatto, vale a dire mediante un consenso tacito, una nuova società. Ma fra quali persone esisterà questa nuova società? Fra coloro che vi hanno consentito, e quindi fra i soci superstiti, i quali figurano come parti nelle nuove operazioni che seguono la morte e lo scioglimento della società primitiva. Quanto agli eredi del socio premorto, anch'essi possono concorrervi, e, in questo caso, saranno soci (1), ma occorre all'uopo che siano capaci di contrattare. Se sono minori, non possono costituire una società, e quindi la nuova società è loro estranea, e non ha effetto nè per essi nè contro di loro.

Così ha pur giudicato la Corte di cassazione. Ma pare che essa consideri la nuova società che si forma pel fatto del proseguimento delle operazioni sociali come la continuazione dell'antica. Dopo aver constatato che la società primitiva era stata sciolta per la morte d'un socio, la sentenza soggiunge: « Se i tribunali possono *supplire*, coll'apprezzamento dei fatti e delle circostanze, ad una *stipulazione* formale di *continuazione della società cogli eredi* in caso di morte di uno dei soci, non potrebbero avere questa *facoltà* quando, come nel caso concreto, gli eredi sono minorennni. I minori non possono, infatti, in mancanza d'una formale stipulazione fatta dal loro autore, essere obbligati alla continuazione ed alle conseguenze d'una società alla quale, per la loro incapacità, non hanno preso e non potevano prendere parte alcuna » (2). La sentenza è molto mal

(1) Rigetto, sezione civile, 11 gennaio 1870 (DALLOZ, 1870, 1, 60).
(2) Cassazione, in seguito a deliberazione in Camera di consiglio, 10 novembre 1847 (DALLOZ, 1847, 1, 353).

redatta. Non è esatto dire che i tribunali hanno la *facoltà* di *supplire* ad una stipulazione formale di continuazione della società. Ciò significherebbe che i tribunali fanno le convenzioni, il che è assurdo. E, dicendo che i tribunali *suppliscono* ad una stipulazione coll'apprezzamento dei fatti e delle circostanze, la Corte sembra affermare che i fatti e le circostanze equivalgono ad una stipulazione; il che condurrebbe a considerare la nuova società come identificantesi coll'antica, di modo che non vi sarebbe realmente che una società, la società primitiva, la quale però è stata sciolta. Ciò che prova che non è la società primitiva che continua si è che i minori, rappresentanti di uno dei soci, non ne sono più membri, e non possono nemmeno esserlo, come dice benissimo la Corte. Bisogna conchiuderne che è una nuova società che si forma, il che è in armonia col principio stabilito da Merlin, principio che egli fonda sopra una legge romana (n. 362). La società è risoluta di pien diritto per la morte d'un socio. Se i superstiti vogliono rimanere in società, sia fra loro, sia cogli eredi del premorto, non lo possono che in forza d'una nuova convenzione.

380. « Quando siasi stipulato che, in caso di morte di uno dei soci, la società debba continuare col suo erede, ovvero che debba soltanto continuare fra i soci superstiti, tali disposizioni dovranno eseguirsi » (art. 1868). Lo scioglimento della società per una delle cause indicate dalla legge è d'interesse privato, e quindi i soci possono derogarvi. Ciò è stato sempre ammesso per quanto riguarda la continuazione della società fra i superstiti, ma nell'antico diritto vi era controversia sul punto di sapere se i soci potevano stipulare che la società continuasse cogli eredi del socio premorto. In diritto romano non si ammetteva una simile stipulazione. Questa opinione era seguita da Despeisses e dagli autori ch'egli cita. Pothier li combatte, e chiama la loro opinione una sottigliezza. È vero che gli eredi del socio sono sconosciuti nel momento in cui si forma il contratto di società, e pare contrario alla natura della società, fondata sulla fiducia nelle persone, ch'essa sia contratta con uno sconosciuto. Ma ciò non riguarda che l'interesse dei soci. Se essi vi rinunciano, perchè questa rinuncia non sarebbe valida, quando l'ordine pubblico ed i buoni costumi non sono in causa? Gli autori del codice hanno consacrata l'opinione di Pothier (1).

L'applicazione del principio solleva una difficoltà. La clausola che associa gli eredi avrà effetto se questi sono minorenni? A nostro avviso, l'affermativa è certa. Se la clausola è concepita in termini generali, i soci, stipulandola, dovevano prevedere il caso che gli eredi fossero minori, e quindi questi sono com-

(1) POTHIER, *Della società*, n. 145. PONT, p. 472, nn. 711 e 712. TREILHARD, *Esposizione dei motivi*, n. 30 (LOCRÉ, t. VII, p. 245).

presi nella clausola per ciò solo che non ne vennero esclusi. Si presenteranno senza dubbio degli inconvenienti. Da una parte, i minori non possono prestare i servizii che si ha diritto di aspettarsi da un socio. Saranno, in realtà, i tutori che li rappresenteranno. Ora, i tutori non hanno piena libertà d'agire, e le restrizioni da cui sono vincolati possono intralciare anche l'andamento degli affari sociali. Tutto questo è vero, ma spetta ai soci vedere ciò che debbono fare nell'interesse della società. Il giudice deve limitarsi ad eseguire la convenzione che forma la legge delle parti. La giurisprudenza è in questo senso, e tale è pure il parere della maggior parte degli scrittori (1).

381. È necessaria una clausola espressa, perchè gli eredi siano soci dopo la morte del loro autore? È questa un'ecccezione al diritto comune, e come tale deve essere stipulata. Duvergier dice che si potrebbe facilmente ammetterlo, per poco che le stipulazioni del contratto rivelino l'intenzione di riconoscere una simile sostituzione, e ne conchiude che la clausola la quale autorizza i soci a cedere la loro quota, con l'effetto che i cessionarii saranno soci, implica che gli eredi potranno prendere il posto del loro autore (2). Ciò ne sembra assai dubbio, poichè in tal modo si estenderebbero disposizioni eccezionali, ed una simile interpretazione non è ammessa in materia di contratti come non è ammessa in materia di leggi.

382. I soci possono stipulare che la società sarà continuata soltanto fra i soci superstiti. Quale sarà, in questo caso, il diritto dell'erede del premorto? L'art. 1868 risponde « ch'egli non ha diritto che alla divisione della società, avuto riguardo alla situazione in cui essa si trovasse al tempo della morte del socio, e non partecipa nelle ulteriori ragioni che in quanto siano una conseguenza necessaria delle operazioni fatte prima della morte del socio a cui succede ». Così la società sarà sciolta a riguardo degli eredi, mentre continua fra i superstiti, donde le due conseguenze previste dalla legge. La società essendo sciolta a riguardo degli eredi, questi potranno domandare la liquidazione e la loro parte nella massa. Questa liquidazione non è priva d'inconvenienti a riguardo dei soci superstiti. Per prevenirli, l'atto stipula d'ordinario che la parte degli eredi sarà determinata in base all'ultimo inventario o bilancio. La società continuando fra i superstiti, nasce la questione di sapere se gli eredi del socio premorto approfitteranno delle operazioni che si continuano. Se l'operazione è nuova, non vi ha questione. Perchè sorga la difficoltà bisogna supporre che l'operazione si riannodi a transazioni che hanno avuto luogo prima della morte. Il codice pone il principio: non basta che vi sia

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 569, nota 8, § 384. PONT, p. 475, n. 716. In senso contrario, DUVERGIER, p. 532, n. 441.
(2) DUVERGIER, *Della società*, p. 526, n. 434.

un legame fra queste negoziazioni, ma bisogna che la nuova sia una conseguenza *necessaria* di ciò che si è fatto prima della morte del socio. Quando la conseguenza è necessaria? È una questione di fatto (1).

383. Il patto sociale stabilisce una società universale di beni mobili ed immobili fra più persone, colla clausola che la totalità delle quote sociali apparterrà successivamente ai superstiti. È stato giudicato che una tal clausola è nulla. L'art. 1832 definisce la società un contratto col quale due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione al fine di dividere il guadagno che ne potrà risultare. Ne consegue che la divisione del guadagno in una proporzione qualunque è dell'essenza della società. Inoltre la legge vuole che questa proporzione sia equa. L'art. 1855 dichiara nulla la convenzione che attribuisse ad uno dei soci la totalità dei guadagni. A maggior ragione, dice la Corte di Bruxelles, bisogna annullare una clausola che attribuisce ad uno dei soci la totalità delle quote. Poco importa che questa attribuzione sia subordinata alla sopravvivenza. Non è men vero che il rischio deve profittare ad uno dei soci e spogliare necessariamente gli altri (2). Gli ordini religiosi hanno tentato di ricostituire le corporazioni mercè questa stipulazione, ma una volta scoperta la frode, i tribunali ne hanno fatto giustizia (nn. 197 e 198).

§ V. — *Interdizione dei soci.*

384. « La società finisce per l'interdizione di uno dei soci » (art. 1865, 4.°). Per quanto riguarda i rapporti fra soci, l'interdizione equivale alla morte. L'alienazione mentale mette il socio interdetto nell'impossibilità di prestare i servizii che si aspettavano da lui. E siccome egli è posto sotto tutela, il socio sarebbe, in realtà, il tutore. Quindi i motivi che importano lo scioglimento della società quando un socio muore devono mettervi fine anche quando un socio è interdetto. È necessaria però l'interdizione. Lo stato abituale di pazzia non basterebbe, anzi non basterebbe nemmeno, perchè l'art. 1865 fosse applicabile, che il socio venisse ricoverato in un ospizio o in una casa di salute. È vero che il pazzo ricoverato è posto sotto una specie di tutela, ma non è interdetto, il che è decisivo. È

(1) Cfr. rigetto, 24 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 25), in materia di comunione. Noi abbiamo esposto un dubbio su questa estensione alla comunione d'una disposizione che non è fatta che per le società ordinarie (vol. XXIII, nn. 7-9).

(2) Gand, 12 maggio 1843 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 40).

questa una lacuna, si comprende. Gli stabilimenti per alienati non sono stati organizzati che molto tempo dopo la pubblicazione del codice Napoleone. La lacuna non è, del resto, assoluta. A termini dell'art. 1871, una malattia abituale, che renda il socio inabile agli affari sociali, è causa legittima di scioglimento. Solo che questo deve essere domandato e pronunciato dal giudice, ed è naturalmente all'attore che spetta provare l'alienazione mentale.

385. L'inabilitato deve essere equiparato al socio interdetto? La questione è controversa, ma non dovrebbe esserlo. L'interdetto è un incapace, e la sua incapacità è assoluta per tutto quanto riguarda gli interessi pecuniarii, mentre l'inabilitato resta di diritto capace, e quindi occorrerebbe una formale disposizione della legge per porre la nomina d'un curatore fra le cause che mettono fine di pien diritto alla società. L'infermità di mente e la prodigalità sono senza dubbio cattive qualità per un socio, ma l'art. 1871 risponde all'obbiezione. I soci del prodigo o dell'infermo di mente potranno domandare lo scioglimento della società, per causa legittima, provando che il socio è inabile agli affari (1).

§ VI. — *Della insolvenza.*

386. « La società finisce per l'insolvenza di uno dei soci » (art. 1865, 4.°). L'art. 1865 mette l'insolvenza alla stessa stregua dell'interdizione e della morte civile. In diritto però la differenza è notevole. La morte civile era assimilata alla morte naturale. Quanto all'interdizione, essa priva l'interdetto dell'esercizio dei suoi diritti civili, e quindi opera un cambiamento di stato. Non così dell'insolvenza propriamente detta. Il debitore insolvibile rimane alla testa de' suoi affari, conserva la sua capacità legale; ma in fatto, vi ha un cambiamento considerevole. Esso è indicato da Treilhard nell'*Esposizione dei motivi*: « Non può più esservi nè fiducia nella persona, nè eguaglianza nel contratto, il quale cade subito, perchè riposava principalmente su queste due basi » (2). Infatti, l'insolvibilità è un disordine negli affari, conseguenza d'una cattiva amministrazione o d'una mala condotta. Nessuno vorrebbe certo essere associato ad una persona insolvibile, e quindi l'insolvibilità deve mettere fine alla società.

La legge non parla del fallimento; ma si ammette che devesi applicare all'insolvibilità quanto l'art. 1865 dice dell'insolvenza.

---

(1) Vedi, in senso diverso, gli autori citati da AUBRY e RAU, t. IV, p. 570, nota 9, § 384, e da PONT, p. 479, n. 423.

(2) TREILHARD, *Esposizione dei motivi*, n. 31 (LOCRÉ, t. VII, p. 245).

Lo spirito della legge non è dubbio. L'oratore del Governo, all'inverso della legge, non menziona che il fallimento. Vi ha, infatti, un motivo maggiore di metter fine alla società, quando uno dei soci è dichiarato fallito. L'insolvenza non produce nessun cambiamento legale nella capacità del debitore insolvibile, mentre il fallito è privato dell'amministrazione de' suoi beni, la quale passa nelle mani dei creditori o dei sindaci che amministrano per essi. Si può dunque applicare al fallito quanto dicemmo dell'interdetto. Vi ha un cambiamento di persona: non è più il fallito che è socio, ma il sindaco. Ecco una ragione decisiva per metter fine alla società. Rimane una difficoltà di testo. L'art. 1865 enumera le cause che sciolgono la società di pien diritto. La legge è dunque restrittiva. Si può estenderla? La Corte di Parigi risponde che il fallimento è l'insolvenza del commerciante (1), in altri termini, che la parola *insolvenza* comprende il *fallimento*. Ciò non è perfettamente esatto, perchè vi ha differenza fra il fallimento e l'insolvenza (2). Questa implica l'insolvibilità; il fallimento, al contrario, esiste dal momento che il commerciante ha cessato i suoi pagamenti, e differisce dalla insolvenza anche pei suoi effetti, come abbiamo detto. Però bisogna seguire l'opinione generale, perchè, nel sistema del codice, il fallimento e l'insolvenza camminano sempre di pari passo. Nell'art. 1188 la parola *fallimento* comprende l'insolvenza. A maggior ragione la parola *insolvenza* nell'art. 1865, comprende il fallimento, perchè il vocabolo *insolvenza* ha un significato generale che permette di applicarlo all'insolvibilità del commerciante, e, benchè la cessazione dei pagamenti basti, in diritto, per costituire il fallimento, in realtà il fallito non risponde più dei suoi affari, e quindi è insolvibile.

387. L'insolvenza dà luogo ad un'altra difficoltà. Pone essa fine alla società di pien diritto? Stando al testo, l'affermativa non è dubbia, poichè il codice la equipara all'interdizione. Ma come può la società finire di pien diritto quando un socio diviene insolvibile, mentre questa insolvibilità non è legalmente constatata? Quando si tratta del fallimento, la difficoltà non si presenta. Esso viene dichiarato con una sentenza. A partire da questo momento la società è sciolta di pien diritto. Per l'insolvenza non vi ha alcun giudicato. Quando dunque finirà la società? Bisogna applicare qui quanto abbiamo detto dell'insolvenza al titolo delle *Obbligazioni*. Essa importa la decadenza del termine (art. 1188), e, per conseguenza, il debito diviene compensabile. Questi effetti si producono anche in forza della legge, e quindi la situazione è analoga. Occorrerà una sentenza che accerti lo stato d'insolvibilità, ed è a partire da quel momento che la società avrà fine (3).

---

(1) Parigi, 5 gennaio 1853 (DALLOZ, 1854, 5, 708).
(2) DURANTON, t. XVII, p. 546, n. 474).
(3) Vedi il vol. XVII dei miei *Principii*, nn. 196 e 197.

388. Il fallimento presenta un'altra difficoltà. Se il fallito ottiene un concordato, è rimesso alla testa dei suoi affari, riprende l'amministrazione de' propri beni. Se ne deve conchiudere che la società continuerà? La Corte di Parigi ha giudicato che la società, sciolta di pien diritto pel fallimento, non rivive pel concordato (1), ed è cosa evidente. La società essendo risoluta di pien diritto, occorrerebbe, per ricostituirla, il consenso unanime dei soci. Non potrebbe nemmeno concepirsi che la legge la facesse rivivere, perchè la legge non impone alcuna convenzione alle parti interessate, dovendo presiedere ai contratti la più perfetta libertà.

389. Si sosteneva ancora davanti la Corte di Parigi che l'art. 1865 non dovesse applicarsi che alle società contratte in vista delle persone; che le società contratte in vista delle cose, vale a dire dei capitali, sussistevano, qualunque fosse il cambiamento intervenuto nelle persone. La Corte non ha ammesso questa interpretazione, e giustamente, ci pare. È vero che, in certi casi, il credito e la considerazione personale di uno dei soci sono indifferenti al successo della società; ma i termini assoluti della legge non permettono di fare queste distinzioni. D'altronde, in fatto, l'insolvibilità d'un socio si riversa sempre sulla società. Si concepirebbe una società tra falliti? Eppure, secondo l'opinione contraria, bisognerebbe arrivare fino a questo.

390. L'insolvenza e il fallimento importano lo scioglimento della società di pien diritto, e quindi a riguardo di tutti. Però fu sostenuto che il fallito non poteva prevalersi della sua insolvibilità per sciogliere la società ove gli altri soci avessero voluto mantenerla, donde si è conchiuso che i creditori del fallito non hanno diritto di far risolvere la società contro la volontà degli altri soci. Questa opinione ha un valore d'equità che a primo aspetto seduce. Se è il fallito che colla sua amministrazione è divenuto insolvibile, potrà invocare la sua colpa per mancare alle obbligazioni che ha contratte verso i suoi consoci? Merlin ha risposto con considerazioni di fatto a questo cattivo argomento che viola la legge. La società è sciolta di pien diritto: i soci non domandano lo scioglimento contro il fallito; è la legge che lo pronuncia. Il fallito, alla sua volta, non domanda nulla, non invoca nulla; i suoi creditori invocano la legge. I soci possono senza dubbio ricostituire la società, ma occorre all'uopo una nuova concessione. Il fallito può concorrervi se gli altri soci l'ammettono. La legge non interviene in quello che accade fra i soci, ma è desso che dichiara risolta la società (2).

391. Diciamo che la legge risolve la società. Ciò non

---

(1) Parigi, 5 gennaio 1853 (DALLOZ, 1854, 5, 708).
(2) MERLIN, *Questioni di diritto*, v. *Société*, § IX.

vuol dire che la legge imponga lo scioglimento ai soci, nel senso she non sia loro permesso di stipulare che la società continuerà malgrado l'insolvenza di uno di essi. La Corte d'Orléans dice benissimo che per le società, come per gli altri contratti, la legge stabilisce dei principii generali destinati a regolare i diritti e le obbligazioni dei soci, pel caso che non li avessero essi stessi regolati colle loro convenzioni. Le parti possono dunque derogare alle norme che il codice contiene sullo scioglimento della società, come ne hanno diritto in ogni contratto. Non vi sono altri limiti a questa libertà che l'ordine pubblico ed i buoni costumi. Ora, le cause di scioglimento sono, in generale, d'interesse privato, come lo è, specialmente, l'insolvenza. La legge permette alle parti di stipulare che la società continui malgrado la morte d'un socio. Per la stessa ragione è loro permesso di convenire che l'insolvenza di uno di essi non porrà fine all'associazione. Questa stipulazione deve essere espressa? Bisogna applicare alla insolvenza quanto abbiamo detto della morte (n. 381). La legge non esige termini espressi, ma, siccome si tratta di un'eccezione, essa deve risultare chiaramente dai termini dell'atto. Nella specie, la Corte d'Orléans ha giudicato che dalle diverse clausole dell'atto risultava essere intenzione dei contraenti che la società non fosse risolta per l'insolvenza di uno di loro (1).

§ VII. — *Vi hanno eccezioni all'art. 1865?*

392. Si ammette che le società carbonifere non si disciolgano per la morte di uno dei soci. Dovremo riparlare di queste società e dei caratteri particolari che le distinguono.

Vi sono società che non finiscono per la morte di uno dei soci? Una società contratta coll'amministrazione di una città per la fornitura del gas per un periodo di trentasei anni. È stato giudicato che questa società non ha termine per la morte. Trattando colla città per un determinato periodo, dice la Corte di Parigi, i soci hanno necessariamente voluto che la loro società avesse la stessa durata, e quindi hanno derogato all'art. 1865, il quale dispone, soltanto per i casi ordinarii e salvo convenzione contraria, che la morte di uno dei soci mette fine alla società (2). Questa decisione non è troppo assoluta? Essa si applica a tutte le società a termine, di modo che l'art. 1865 non sarebbe applicabile che alle società contratte per un tempo illimitato. Essa introduce nella legge una distinzione che la modifica profondamente. L'interprete non ha questo diritto. Bisogna tenere come

(1) Orléans, 29 agosto 1844 (Dalloz, 1854, 5, 708).
(2) Parigi, 10 giugno 1869 (Dalloz, 1870, 1, 304).

principio che la società si scioglie di pien diritto per la morte, salvo convenzione contraria. Questa convenzione è un'eccezione e, come tale, dev'essere stipulata. Ora, nella specie, non vi era alcuna stipulazione. La Corte ha ammesso l'eccezione fondandosi sulla natura della società. Essa ha, ne pare, ecceduto e rifatto la legge. Vi hanno, senza dubbio, molte società che, nell'interesse delle parti contraenti, dovrebbero continuare malgrado la morte d'un socio, ma, se tale è l'interesse dei soci, esse devono formarne oggetto d'una stipulazione. Se non vi ha alcuna clausola che indichi un'eccezione, si resta sotto l'impero della regola.

393. Vi ha una sentenza analoga della Corte di Liegi in materia di insolvenza. « Se, essa dice, la società si scioglie, in generale, per l'insolvenza di uno dei soci, vi sono società che sopravvivono alle cause ordinarie di scioglimento ». Qui arrestiamo la Corte. Essa crea una vera eccezione alla legge. Non è più sulle stipulazioni delle parti ch'essa si fonda, ma sulla natura della società. Essa crea dunque un'eccezione generale, ossia modifica la legge, e modificare la legge equivale a farla. La sentenza continua: « Gli è così quando dall'*insieme delle stipulazioni* del contratto sociale, dalla *natura* e dallo *scopo* dell'impresa risulta che intenzione delle parti è stata che la società durasse *fino a quando lo scopo non fosse completamente raggiunto* » (1). Noi non possiamo ammettere altre eccezioni che quelle stipulate nel contratto. L'eccezione non potrebbe dunque essere generale; essa è necessariamente speciale e convenzionale. Ora, l'eccezione ammessa dalla Corte di Liegi è talmente generale che distrugge la regola. Vi ha una società senza scopo? E l'intenzione dei soci, in ogni società, non è di raggiungere questo scopo? Dunque ogni società dovrebbe sopravvivere alla morte di uno dei soci. Non è questo certamente che la Corte ha voluto dire, ma la sua decisione conduce a simile conseguenza, e la conseguenza attesta contro il principio da cui deriva.

SEZIONE II. — Dei casi nei quali la società non finisce di pien diritto.

§ I. — *Quando la società finisce per volontà d'un socio.*

394. L'art. 1865, n. 5, dispone: « La società finisce per la volontà espressa da uno o più soci di non voler continuare la società ». Questa disposizione è troppo assoluta ed inesatta in

(1) *Pasicrisie*, 1847, 1, 82. La *Pasicrisie* non dà la data della sentenza, nè il nome della Corte che l'ha pronunciata.

questi termini generali. L'art. 1869 spiega e restringe il principio stabilito dall'art. 1865: « Lo scioglimento della società per volontà di una delle parti ha luogo soltanto in quelle società la cui durata sia senza limite ». E l'art. 1871 soggiunge: « Non può essere domandato da uno dei soci lo scioglimento della società a tempo determinato, prima che sia spirato il termine stabilito, se non quando vi sono giusti motivi ». La legge distingue dunque le società a termine dalle società la cui durata è illimitata. È soltanto in queste ultime ch'essa permette ad uno o più soci di metter fine alla società colla sola loro volontà. Questa facoltà, data ad una delle parti contraenti, di sciogliere il contratto è un'eccezione ad una regola fondamentale delle convenzioni. Tenendo luogo di legge per coloro che le hanno fatte, esse non possono venir revocate che col loro mutuo consenso (art. 1134). Quale è la ragione dell'eccezione? Le società la cui durata è illimitata non hanno altro termine che la morte dei soci (art. 1844). In questo senso esse sono perpetue, poichè vincolano i soci per tutta la loro esistenza. Ora, le società perpetue presentano gravi inconvenienti. La sfiducia e il disordine possono prendere il posto della fiducia e dell'amicizia. Se la società dovesse continuare fino alla morte di uno dei soci, diverrebbe una fonte d'incessanti contestazioni, e ne soffrirebbero tanto i soci quanto l'interesse generale. Bisognava dunque dare ai soci il diritto di sciogliere una convenzione che non può più raggiungere il suo scopo. È una di quelle *cause legittime* che autorizzano lo scioglimento della società, a termini dell'art. 1871. Però la legge non fa intervenire l'autorità giudiziaria, ma si rimette alla volontà dei soci. Essi sono i migliori giudici dei loro rapporti, nessuno meglio di loro può sapere se la vita comune diviene dannosa. Ecco perchè basta la loro volontà per mettervi fine. Questi motivi possono esistere in certa misura anche quando la società è a termine. Pure in questo caso può scoppiare la discordia fra i soci. Per qual motivo la legge non permette ad uno o più di essi di risolvere una associazione che non potrà prosperare? Perchè le cause sono meno gravi, in quanto appunto è conosciuto il termine della società. Estendendo l'eccezione a tutte le società, l'eccezione avrebbe distrutta la regola della irrevocabilità delle convenzioni. Fra le società a termine e le società illimitate vi ha d'altronde una differenza la quale giustifica la distinzione che la legge fa in quanto riguarda il diritto di domandare il loro scioglimento. Le società la cui durata è illimitata sono perpetue, e questa perpetuità porta una certa restrizione alla libertà dell'uomo. Ora, la libertà è il più prezioso dei nostri diritti, il maggiore dei nostri beni, e doveva prevalere al principio della irrevocabilità delle convenzioni. La nostra conclusione è che il diritto di rinunciare ad una società è d'ordine pubblico. Ora, nella società a termine l'interesse generale è fuori di quistione.

395. Quando la società è a termine? Quando la sua durata è illimitata? Il termine può essere espresso o tacito. Sì l'uno che l'altro danno luogo a difficoltà. Secondo lo spirito della legge, quale fu da noi esposto, bisogna considerare come società illimitata quella che è perpetua o che può esserlo, e la società è perpetua quando deve durare per tutta la vita dei soci, mentre è a termine quando non abbraccia la vita intiera dei soci. Ne consegue che una società la quale, apparentemente, non ha termine fisso, può tuttavia essere a termine, e che una società la quale, apparentemente, ha un termine, può ciò non ostante essere illimitata.

La società contratta per un determinato affare è a termine o è illimitata? La decisione dipende dalla natura dell'affare. Se questo deve essere compiuto entro un dato tempo che non si estende fino alla morte dei soci, la società sarà a termine, e si applicherà, per conseguenza, l'art. 1871. Se, al contrario, la società può durare per secoli, sarà evidentemente illimitata. In quest'ultima ipotesi non vi ha alcun dubbio. Si contrae una società per l'esercizio di miniere di carbon fossile. Essa ha un oggetto determinato, ma sarà a termine? In un caso presentatosi davanti la Corte di cassazione era provato con un rapporto dell'ingegnere delle miniere che l'esercizio poteva durare quattordici secoli. Ciò è decisivo (1), ma rimane un dubbio. Le regole dell'art. 1865 si applicano alle società carbonifere? Ritorneremo sulla questione.

Se l'affare è determinato, ma la durata dell'operazione non sia fissata, senza essere però di tal natura da continuare per tutta la vita dei soci, la società sarà a termine. È questo il parere di tutti gli autori, salvo il dissenso di Duranton. In massima, la questione non dovrebbe sussistere. Il termine è tacito. L'art. 1844 lo dice: « Se si tratta d'un affare la cui durata sia limitata, si reputa che la società sia contratta pel tempo che deve durare l'affare ». Ora, noi supponiamo che questo tempo sia più breve della vita dei soci, e quindi la società è a termine, secondo il testo e secondo lo spirito della legge. La conseguenza è che la società non avrà termine per la volontà di uno o più soci. Anche su questo punto vi ha una decisione implicita nel testo della legge. L'art. 1844 dispone che, nel silenzio della convenzione, la società si reputa contratta per tutta la vita dei soci. È una società perpetua, ma la legge riserva ai soci il diritto di rinunciarvi, « colla modificazione di cui all'art. 1860 ». L'art. 1844 soggiunge che, se si tratta d'un affare la cui durata sia limitata, la società si reputa contratta per tutto il tempo che deve durare questo affare. Dunque la durata della società è limitata, ma la legge non riserva ai soci il diritto consacrato dall'art. 1869.

---

(1) Rigetto, 1.° giugno 1859 (DALLOZ, 1859, 1, 244).

Questo confronto ci pare decisivo. Supponiamo naturalmente che l'affare non debba durare per tutta la vita dei soci (1).

Rimane un'ipotesi che è pure controversa, sebbene non vi sia alcun dubbio. Una società contratta a vita è una società a termine? Sì, si dice, perchè ha un termine certo, la morte. Senza dubbio, ma ciò non toglie che i giureconsulti romani la chiamino società perpetua, perchè, dal punto di vista degli interessi di questo mondo, la durata della vita terrestre è una eternità. Dunque, secondo lo spirito della legge, la società ha una durata illimitata, e quindi vi ha luogo ad applicare l'articolo 1869. Diciamo che non vi ha alcun dubbio. Infatti, l'art. 1844, che abbiamo trascritto, decide la questione. Esso dispone che, nel silenzio della convenzione, la società si reputa contratta *a vita*, e rimanda all'art. 1869, ossia riserva il diritto di rinuncia dei soci. Se le società che si dichiarano contratte *a vita* dalla *legge* sono società illimitate, come non lo sarebbe una società contratta *a vita* dai soci? (2).

396. Gli articoli 1865, n. 5, e 1869 sono concepiti in termini generali, e quindi si applicano a qualsivoglia società. Si è preteso che vi fosse eccezione per le società per azioni, perchè queste costituiscono associazioni di capitali piuttostochè di persone. Noi abbiamo già risposto all'argomento. La facoltà accordata dall'art. 1869 è d'ordine pubblico, e quindi assoluta e non ammette eccezione di sorta (3).

Il diritto di rinuncia consacrato dall'art. 1869 ha un carattere speciale che non hanno le altre cause che mettono fine al contratto di società. I soci possono derogare a queste cause colle loro convenzioni stipulando che la morte e l'insolvenza non porranno termine alla loro società, ma non possono derogare alla facoltà della rinuncia, perchè essa è d'ordine pubblico. Se si ammette il principio, la conseguenza non potrebbe essere contestata. La Corte di cassazione l'ha consacrata (4), e tale è pure la dottrina degli scrittori (5). È vero che Pothier ammetteva la validità d'una convenzione contraria, ma non l'avrà egli forse ritenuta perchè sotto l'antico regime la libertà era un diritto meno sacro che sotto il regime inaugurato dalla rivoluzione del 1789? La Corte di Lione ha mantenuto l'opinione di Pothier, ma negando il principio che la rinuncia

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 570, nota 13. PONT, p. 184, n. 250. p. 486, nn. 737 e 738, e g'i autori che citano. In senso contrario, DURANTON, t. XVII, p. 548, n. 476.

(2) PONT, p. 487, n. 737. In senso contrario, BRAVARD-VEYRIÉRES, *Società commerciali*, p. 260.

(3) PONT, p. 491, n. 741. In senso contrario, ALAUZET, *Commentario del codice di commercio*, t. I, n. 254 e seg. della II edizione.

(4) Rigetto, 1.° giugno 1859 (DALLOZ, 1859, 1, 244).

(5) AUBRY e RAU, t. IV, p. 571, nota 15. PONT, p. 493, n. 742.

sia d'ordine pubblico (1). Ciò è logico, ma in opposizione collo spirito delle nostre leggi moderne.

397. La giurisprudenza ammette però un'eccezione al diritto di rinunciare, nel senso che la rinuncia risulta implicitamente dalla clausola che permette ad ogni socio di vendere il proprio diritto e di ritirarsi dalla società. Una tal clausola concilia l'interesse del socio che vuol ritirarsi dalla società coll'interesse degli altri soci che intendono mantenere il patto sociale. È inutile domandare lo scioglimento della società quando si può realizzare il proprio diritto e liberarsi dalle proprie obbligazioni col facile mezzo d'una cessione d'azioni. La giurisprudenza non ammette che una condizione a questa rinuncia tacita, cioè che la clausola che tien luogo del diritto di scioglimento procuri al socio lo stesso vantaggio, vale a dire che basta la sola volontà per disporre del suo diritto. Se l'atto sociale esige una condizione da cui risulti un impedimento qualunque, come l'approvazione d'un consiglio d'amministrazione, o il consenso dei soci, non si può più dire che il socio è libero di rompere i suoi legami, e quindi conserva il diritto di metter fine alla società colla sua sola volontà, conformemente all'art. 1869 (2).

Questa giurisprudenza ci lascia un dubbio. Essa è fondata sull'equità e concilia i diversi interessi. Ma è fondata anche sul rigore del diritto? Si ammette generalmente che la facoltà accordata ai soci dall'art. 1869 è d'ordine pubblico. Se questo principio è vero, bisogna essere logici e ammetterne le conseguenze. Non si rinuncia ad un diritto che è d'ordine pubblico, vale a dire d'interesse generale, e se la rinunzia, pura e semplice, è nulla, dev'essere nulla anche la rinunzia fatta mediante equivalente. Infatti, per qual motivo non si può rinunciare a ciò che è d'ordine pubblico? Perchè l'art. 6 del codice civile vieta di derogare con convenzioni particolari alle leggi che interessano l'ordine pubblico ed i buoni costumi. Dunque è vietata ogni convenzione che deroghi in qualsivoglia modo all'art. 1869, che è d'ordine pubblico.

398. Secondo l'art. 1865, n. 5, la volontà di non stare più in società basta pur mettervi fine. L'art, 1869 modifica ciò che questa disposizione ha di troppo assoluto. La legge non dà mai il suo appoggio all'arbitrio, e non autorizza il capriccio. La rinuncia non dissolve la società se non quando è fatta in buona fede e fuori di tempo. Quando la rinuncia non sarà fatta in buona fede? L'art. 1870 risponde: «Quando il socio rinuncia per appropriarsi

---

(1) POTHIER, *Della società*, n. 151. Lione, 12 agosto 1828 (DALLOZ, v. *Mines*, numero 194).

(2) Rigetto, 6 dicembre 1843, sulle conclusioni contrarie dell'avvocato generale (DALLOZ, v. *Société*, n. 736). Rigetto, 13 luglio 1868 (DALLOZ, 1869, 1, 137). Liegi, 15 novembre 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 152). La dottrina è nello stesso senso (PONT, p. 493, nn. 743 e 744, e gli autori che cita).

solo il guadagno che i soci s'erano proposti di ritrarre in comunione». Ma bisogna dare a questa disposizione un'estensione che non è nel pensiero del legislatore. Supponiamo che il socio il quale si ritira dalla società, o che ne domanda lo scioglimento intraprenda poi un'industria analoga a quella che formava l'oggetto della società. La sua rinuncia sarà considerata per ciò solo come fatta in mala fede? No, la buona fede è una questione di fatto. Può darsi che le divisioni le quali straziavano la società giustifichino pienamente lo scioglimento chiesto da uno dei soci. Ma questo gl'impedirà di esercitare la stessa industria o di creare uno stabilimento analogo? No, certo. La libertà dell'industria è uno dei diritti dell'uomo proclamati dalla rivoluzione del 1789. Può esercitarlo il socio, come può esercitarlo il venditore. Rimandiamo quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni* (v. XVI, n. 141). La giurisprudenza è in questo senso (1).

Quando la rinuncia è fatta fuori di tempo? L'art. 1870 risponde: «Quando le cose non sono più integre e importa alla società che il suo scioglimento sia differito». Pothier dà come esempio il caso in cui fosse nell'interesse della società di conservare le merci acquistate in comunione e di aspettare il tempo favorevole per rivenderle. Egli soggiunge, ed è sottinteso, che, per giudicare se una rinunzia è fatta fuori di tempo, bisogna considerare l'interesse comune della società, e non l'interesse particolare di colui che si oppone alla rinuncia (2).

Quale sarebbe l'effetto d'una rinuncia fatta in mala fede o fuori di tempo? La rinuncia è nulla, a termini dell'art. 1869. Lo scioglimento ha luogo, dice la legge, per la volontà di una delle parti, purchè però sia fatta in buona fede e non fuori di tempo. Dunque, se la rinuncia è fatta in mala fede o fuori di tempo, lo scioglimento non ha luogo, ossia la rinuncia è nulla. Quale è il carattere di questa nullità? Essa è relativa di sua natura, poichè la condizione non è stabilita che nell'interesse dei soci. Questi soltanto possono dunque invocare la nullità. Così il diritto come la morale si oppongono a che il socio rinunciante invochi la sua mala fede (3).

399. L'art. 1869 esige anche una condizione di forma perchè la rinuncia possa essere opposta ai soci di colui che esprime la volontà di non essere più socio. La rinuncia deve essere notificata da tutti i soci. Una notifica implica uno scritto, ma la legge non esige una notifica per atto d'usciere, e quindi basta una lettera, salvo la difficoltà della prova. Si insegna che la scrittura privata deve essere redatta nella forma prescritta dall'articolo 1325 (4). È un errore o un malinteso. La notifica non è

---

(1) Bruxelles, 13 luglio 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 210).
(2) POTHIER, *Della società*, n. 151.
(3) Vedi, in senso diverso, PONT e gli autori che cita, p. 498, n. 751.
(4) Cfr. PONT, p. 495, n. 746, e gli autori che cita.

un contratto, ma la manifestazione d'una volontà unilaterale, e quindi la disposizione dell'art. 1325 è inapplicabile. Se il socio rinunciante pretende provare che la sua rinuncia è stata approvata dagli altri soci, vi sarà senza dubbio concorso di consenso e, per conseguenza, convenzione, il che rende applicabile la disposizione dell'art. 1325. Ma l'approvazione degli altri soci non è richiesta. Il contratto è risolto dalla volontà di colui che rinuncia, salvo agli altri a contestare la validità della rinuncia.

Quale sarebbe l'effetto di una rinuncia che non fosse notificata a tutti i soci? Essa sarebbe nulla in forza del testo dell'art. 1869, come abbiamo detto della rinuncia fatta in mala fede (n. 398), e la nullità sarebbe relativa. Il socio rinunciante non può invocarla, mentre gli altri soci possono prevalersene, e possono anche non opporla. Coloro ai quali non fosse stata notificata la rinuncia possono certamente invocare l'inosservanza della legge. Si ammette, ed a ragione, che anche i soci cui è stata fatta la notifica possono eccepire la nullità, perchè la società non può essere sciolta a riguardo degli uni e mantenuta a riguardo degli altri. Solo che, se i soci i quali non avessero ricevuto la notifica confermassero la rinuncia irregolare, quelli che l'avessero ricevuta non potrebbero più domandarne la nullità, poichè la rinuncia notificata agli uni e confermata dagli altri sarebbe convalidata, e non potrebbe più in verun modo impugnarsi (1).

§ II. — *Delle cause legittime per le quali i soci possono domandare lo scioglimento delle società a termine.*

400. « Non può essere domandato da uno dei soci lo scioglimento della società a tempo determinato, prima che sia spirato il termine stabilito, se non quando vi fossero giusti motivi come nel caso che uno dei soci mancasse ai suoi impegni, e che una malattia abituale lo rendesse inabile agli affari sociali, o in altri casi consimili, la legittimità o gravità de' quali sono lasciate all'arbitrio dei giudici» (art. 1871). Ciò che distingue queste cause, che si chiamano legittime, dalla rinuncia dei soci di cui abbiamo parlato, si è ch'esse sono lasciate all'apprezzamento del magistrato. È il giudice che pronuncia lo scioglimento, per cause gravi, ed è ancora il giudice che decide se la causa ha bastevole gravità per giustificare lo scioglimento. Tale è il principio. La legge lo applica a due casi, e, applicandolo, toglie al giudice il potere arbitrario ch'essa gli accorda, in generale, in questa materia. Quando uno dei soci manca alle sue obbligazioni, o è colpito da infermità che gli impedisca di adem-

(1) Duvergier, p. 545, nn. 458-460. Duranton, t. XVII, pp. 552 e 553, n. 477. Pont, p. 496 e seg., nn. 749, 750.

pierle, vi ha causa legittima di scioglimento. Il giudice conserva soltanto quel diritto di apprezzamento che ha sempre nelle questioni di fatto. Per le cause non previste dalla legge, essa si rimette intieramente al magistrato. Questi decide sovranamente se vi ha causa legittima e se la causa ha la gravità richiesta per produrre lo scioglimento della società.

401. La prima causa di scioglimento che la legge prevede è quella della condizione risolutiva tacita che è sottintesa in tutti i contratti sinallagmatici, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alle sue obbligazioni. L'art. 1184 è applicabile alla società, poichè la società è un contratto bilaterale. Ne consegue che tutto ciò che abbiamo detto, al titolo delle obbligazioni, della condizione risolutiva tacita si applica alla società. La risoluzione deve essere domandata giudizialmente. Il giudice deve constatare anzitutto se le obbligazioni non furono eseguite, poi quale è il motivo per cui una delle parti non ha adempito alle medesime, e può accordare al convenuto un termine secondo le circostanze. Se allo spirare del termine, il socio non ha ottemperato alla sentenza, la risoluzione deve essere pronunciata.

La Corte di Bordeaux ha fatto l'applicazione della legge al caso seguente. Si era costituita una società fra un commerciante di vini ed una persona estranea al commercio. Questa aveva contrattato fiduciariamente, e, come diceva nelle sue lettere, ad occhi chiusi. Il suo socio doveva conferire nella società 808 barili e mezzo di vini rossi e bianchi, classificati a seconda del luogo di provenienza e in ordine d'età giusta apposito inventario. Questa obbligazione non consisteva soltanto nel conferire la quatità di vini convenuta, ma anche vini dei luoghi ed età indicati nell'inventario, il quale era una cosa sola coll'atto di società. La maggior parte dei vini erano indicati come provenienti dai fondi di Saint-Julien, Pauliac, e Saint-Estèphe, e i prezzi ai quali erano stati quotati erano in relazione al valore dei vini della medesima provenienza. Fu provato dai libri stessi del commerciante che i vini da lui forniti non provenivano niente affatto dai fondi indicati, che erano un miscuglio di vini di diverse qualità e molto inferiori di prezzo. La Corte ne conchiude che il socio aveva mancato alle sue obbligazioni, poichè invece di vini scelti e accreditati in commercio, egli non aveva conferito nella società che un miscuglio di vini comuni la cui qualità non rispondeva in alcun modo a quanto aveva promesso. Il cattivo esito dell'associazione, continua la Corte, era conseguenza inevitabile della falsa qualità dei vini e dei prezzi troppo elevati. In conseguenza, la Corte pronunciò la risoluzione della società, coll'effetto che è inerente ad ogni risoluzione, vale a dire che il contratto si considera come non abbia mai esistito. Nella specie questa decisione era perfettamente giustificata dai fatti della causa. Il socio aveva contravvenuto alle proprie obbligazioni fin dall'origine della società ed aveva in tal modo esposto il suo consocio

a perdite certe. Era dunque giusto far risalire lo scioglimento alla stessa epoca ed addossare le perdite alla parte che le avea cagionate colla sua mala fede. La sentenza è severa, ma altrettanto equa quanto giuridica (1).

402. La risoluzione del contratto di società differisce molto dallo scioglimento che ha luogo, sia di pien diritto nei casi previsti dall'art. 1865, sia con sentenza del giudice per causa legittima. In tutti questi casi la società finisce, come dice la legge. Essa ha dunque esistito ed ha prodotto effetto. Quando finisce si fa luogo alla liquidazione ed alla divisione. Non così della condizione risolutiva tacita. La risoluzione annulla il contratto e le cose sono rimesse nello stesso stato come se la società non fosse mai esistita. Sebbene pronunciata dal giudice, la risoluzione non data dal giorno della sentenza, ma retroagisce al giorno del contratto, perchè la condizione risolutiva vi è sottintesa, ed è quindi in forza della volontà tacita delle parti contraenti che il contratto viene risolto. La condizione può anche essere espressa. In questo caso non occorre l'intervento del giudice; ma la risoluzione ha luogo di pien diritto per volontà delle parti contraenti. Accadrà lo stesso del patto commissorio, vale a dire della clausola del contratto pertante che, se una delle parti manca alle sue obbligazioni, la società sarà sciolta, o sarà sciolta di pien diritto? Abbiamo esaminata la questione di massima al titolo delle *Obbligazioni*, e l'abbiamo incontrata di nuovo ai titoli della *Vendita* e della *Locazione*. I principii sono identici anche in materia di società.

403. La risoluzione del contratto in forza della condizione risolutiva tacita suppone che la condizione sia scritta nel contratto, nel senso che si tratti d'obbligazioni contratte dai soci nel patto sociale. Se, durante la società, uno dei soci contrasse una obbligazione, l'inesecuzione importerebbe ancora lo scioglimento nel senso dell'art. 1184? Bisogna distinguere. Se questa obbligazione è consentita da una convenzione che modifica il patto sociale, vi ha luogo ad applicare il principio dell'art. 1184. Infatti, la nuova clausola fa parte dell'atto di società, col quale s'identifica. È dunque il patto sociale che è violato, e, per conseguenza, l'art. 1184 deve ricevere piena appiicazione (2). Ma se la convenzione fosse distinta dal patto primitivo, non si potrebbe dire che questo patto è rotto dall'inadempimento d'una obbligazione che non era in esso prevista. Potrebbe essere una causa legittima di scioglimento, ma la società non sarebbe risolta, essa finirebbe a partire dalla sentenza del giudice, e spetterebbe al magistrato decidere se la causa ha bastante gravità per legittimare lo scioglimento.

404. Dobbiamo dire una parola d'una sentenza censurata da

---

(1) Bordeaux, 29 luglio 1837 (DALLOZ, 1838, 2, 115).
(2) Rigetto, 27 marzo 1844 (DALLOZ, v. *Société*, n. 655).

tutti gli scrittori, non fosse altro che per mostrare l'ignoranza che domina anche sui principii più elementari, e l'errore della Corte prova nel tempo stesso l'importanza di questi principii. Si costituisce una società in nome collettivo a termine. Uno dei soci rifiuta formalmente d'eseguire il contratto. Quale dev'essere l'effetto di questo rifiuto? La Corte di Lione risponde che il rifiuto per sè solo importa lo scioglimento della società, salvo agli altri soci domandare danni ed interessi. La sentenza è lungamente motivata; e dobbiamo dirlo, contiene quasi tanti errori quante parole. Non insistiamo che sull' errore di principio. Ecco in breve il ragionamento della Corte. La società in nome collettivo importa per tutti i soci l'obbligo di prender parte alla gestione degli affari sociali. Ciò costituisce un'obbligazione di fare. Ora, nessuno può essere costretto a fare, e quindi, dal momento che uno dei soci rifiuta di fare ciò a cui è tenuto, la società dev'essere disciolta. Di qui la Corte trae la strana conseguenza che il socio il quale rifiuta il suo concorso può egli stesso domandare lo scioglimento della società, e che questo scioglimento deve essere pronunciato, salvo agli altri soci reclamare danni ed interessi (1). Noi abbiamo già segnalato lo errore al titolo delle *Obbligazioni* (v. XVI, n. 197-201). Non è vero che le obbligazioni di fare non diano che un solo diritto al creditore, il diritto di reclamare danni ed interessi. Queste obbligazioni non differiscono, essenzialmente, dalle obbligazioni di dare. Ne risulta un'azione a vantaggio del creditore per costringere il debitore a fare ciò che si è obbligato di compiere, e il giudice deve condannarnelo. È solo quando questa esecuzione diretta e forzata diviene impossibile che il creditore deve contentarsi dei danni ed interessi. In ogni caso, è a lui che spetta l'azione. Se il contratto è sinallagmatico, la parte verso cui non fu eseguita l'obbligazione può domandare la risoluzione del contratto. L'art. 1184 lo dice, soggiungendo che questa parte ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandarne lo scioglimento coi danni ed interessi. È dunque il socio di colui che rifiuta il suo concorso che ha diritto di agire. S'egli non agisce, il contratto sussiste. Non si è mai preteso che il debitore il quale manca alle sue obbligazioni possa invocare la loro inesecuzione per domandare lo scioglimento del contratto. Trasformando l'obbligazione del debitore in un diritto che sorgerebbe per lui dall'inadempimento delle proprie obbligazioni s'invertono le parti del debitore e del creditore, e si scompigliano le nozioni più semplici. Questo errore, che è una vera eresia giuridica, deriva dalla falsa nozione che si ha, nella pratica, dell'obbligazione di fare.

405. L'art. 1871 considera come causa legittima di scio-

---

(1) Lione, 18 maggio 1823 (DALLOZ, v. *Société*, n. 658). Cfr. la critica di DALLOZ, e PONT, p. 504, n. 763, e gli autori che cita.

glimento anche la malattia abituale che rende un socio inabile agli affari sociali. Bisogna che la malattia sia abituale. Una malattia passeggiera non basterebbe per produrre lo scioglimento della società. Per principio, i contratti sono irrevocabili e non è che per eccezione che possono essere risolti. L'eccezione deve dunque avere una certa gravità, e vi ha causa grave quando un socio fu colpito da una malattia abituale che lo mette nella impossibilità di adempiere i suoi doveri sociali. È questa la seconda condizione richiesta perchè lo scioglimento della società possa essere domandato per causa di malattia. Pothier la spiega dicendo che la malattia di un socio diviene un motivo di scio gliere il contratto quando gli affari della società sono tali da richiedere che questo socio vi attenda egli stesso (1).

La legge chiama *scioglimento* la rottura della società che ha luogo in conseguenza della malattia di un socio e quella che risulta dalla condizione risolutiva tacita. Vi ha però una differenza considerevole fra le due ipotesi. Noi l'abbiamo già accennata (n. 402). La condizione risolutiva scioglie la società come se non fosse mai esistita, mentre lo scioglimento lascia sussistere la società e gli effetti ch'essa ha prodotti fino al momento in cui la società è sciolta dalla sentenza del giudice. La differenza è incontestabile in diritto, ma è anche razionale. È vero che, in entrambi i casi, vi ha un socio che non adempie le proprie obbligazioni, ma nel caso in cui non può attendere agli affari sociali in conseguenza d'una malattia non si può dire *che manchi* alle sue obbligazioni. Egli le ha adempite fino al momento in cui è sopraggiunta la malattia, e quindi non siamo nel caso della risoluzione. La società finisce per una causa che è estranea al patto sociale, nel senso ch'essa non ne forma una condizione. Accade tutto l'opposto quando uno dei soci non eseguisce le obbligazioni assunte nel patto sociale. Il patto è infranto per sua colpa, e quindi è giusto che la società sia considerata come non avvenuta.

406. L'art. 1871 pone il principio che lo scioglimento delle società a termine può essere domandato se vi sono *giusti motivi*, e dà come esempi l'inadempimento delle obbligazioni d'un socio e la malattia abituale che lo colpisca. Poi la legge soggiunge *o altri casi consimili*. Quali sono questi casi? Il codice risponde che la *legittimità* e la *gravità* di questi casi sono lasciate all'arbitrio del giudice. Le cause devono dunque essere *legittime* e *gravi*. Spetta al giudice decidere se la causa allegata ha questi caratteri, e la sua decisione è sovrana. Soltanto il giudice deve tener conto degli esempi che la legge dà come costituenti un giusto motivo di scioglimento. Bisogna dunque che la causa sia di tal natura da compromettere l'oggetto della società, nel senso che i soci non potranno ritrarne il vantaggio

(1) POTHIER, *Della società*, n. 152.

che avrebbero potuto realizzare. Un danno passeggero non basterebbe. La legge decide così esigendo che la malattia sia abituale per produrre lo scioglimento della società. Si dà come esempio la discordia fra i soci. Non basta il minimo dissapore che si può paragonare ad una malattia temporanea; ma se la discordia è negli animi e s'inasprisce di giorno in giorno, importa mettere fine alla società, perchè essa non può più raggiungere il suo scopo.

SEZIONE III. — Della divisione.

407. Di regola lo scioglimento della società è seguito dalla divisione dell'attivo e, ove del caso, del passivo sociale. Si fa eccezione quando la società è risolta in conseguenza della condizione risolutiva tacita. In questo caso, essendo la società considerata come non mai esistita, non si divide, propriamente parlando, il fondo sociale, poichè esso non esiste. Vi sarà stata comunione di fatto. Ogni socio riprenderà i propri contributi. Guadagni non ve ne saranno, e quanto alle perdite, esse verranno sopportate, a titolo di danni ed interessi, dal socio la cui colpa ha prodotto lo scioglimento della società (n. 401).

408. Diversa è la questione di sapere quando la divisione possa essere domandata. Noi supponiamo la società risoluta. Finchè non lo è, non si può parlare di dividere il fondo comune, nè una delle cose che fanno parte del fondo comune. Sarebbe infrangere il patto sociale, poichè esso è stato formato per mettere in comunione certe cose al fine di dividere il guadagno che ne potrà risultare (art. 1832). Anche dopo lo scioglimento della società uno dei soci non può domandare la divisione d'un oggetto particolare facente parte della massa. La Corte di Bordeaux ha giudicato così, e la sua decisione è molto giuridica (1). Bisogna innanzi tutto che sia stata stabilita la consistenza dell'attivo sociale, il che non può farsi che regolando i conti fra i soci, i quali possono essere debitori o creditori della società. È soltanto dopo questa liquidazione che si può procedere alla divisione. Nella specie, uno dei soci domandava la divisione d'un fondo acquistato per conto della società, ma gli eredi d'un socio premorto avevano importanti riprese da esercitare, e bisognava liquidarle. Poteva darsi, dice la Corte, che tutto il valore del fondo fosse assorbito da queste riprese, e quindi la domanda di divisione era prematura.

409. La liquidazione dà luogo ad una difficoltà di prova. Pothier dice che i libri della società tenuti da uno dei soci fanno fede tra loro per stabilire di ciò che è stato ricevuto o dato

---

(1) Bordeaux, 25 aprile 1831 (DALLOZ, v. *Société*, n. 769).

dalla società. Questa decisione va seguita anche sotto l'impero del codice civile? La questione è stata portata avanti la Corte di cassazione e decisa affermativamente. Nella specie, due proprietarii avevano costituito una società per la coltivazione d'una vigna. Uno di essi aveva tenuto un registro delle uscite e delle entrate. Poteva questo registro servire di prova per stabilire i conti? Il primo giudice aveva ammesso il registro, malgrado le sue irregolarità, siccome sincero e degno di fede. Ma vi era una difficoltà di diritto. Non dovevasi applicare a questo registro la disposizione dell'art. 1331, a termini del quale i registri e le carte domestiche non formano prova a favore di colui che le ha scritte? La Corte risponde che scritture sociali non sono semplici carte domestiche nel senso dell'art. 1331. I registri di cui parla il codice civile sono scritture che il padre di famiglia tiene per rendersi conto dei proprî affari. Egli le fa nel suo solo interesse, e si comprende che non possa crearsi delle prove da sè solo. Non così dei registri tenuti da un socio. Queste scritture hanno precisamente per oggetto di far prova fra soci. Quantunque uno solo scriva, egli scrive come mandatario dell'altro. Sono dunque scritture comuni emanate dalle due parti, e facienti, per conseguenza, fede a loro riguardo (1).

410. Veniamo alla divisione. L'articolo 1872 statuisce: « Sono applicabili alle divisioni tra soci le regole concernenti la divisione delle eredità, le forme di tale divisione e le obbligazioni che ne risultano fra i coeredi ». Questo articolo rimanda a tutte le regole concernenti la divisione delle eredità? O vi hanno regole che non sono applicabili alla divisione della società? E come distinguere quali sono quelle che bisogna applicare e quali quelle di cui non si può fare l'applicazione? Si pone d'ordinario come principio che l'art. 1872 è restrittivo e che deve essere interpretato restrittivamente. Ciò non è perfettamente esatto. L'articolo 1872 comincia col dire che sono applicabili alle divisioni fra soci *le regole concernenti la divisione delle eredità*, quindi *tutte* le regole. Se l'art. 1872 non contenesse che questa disposizione, non vi sarebbe dubbio; l'assimilazione sarebbe assoluta e non permetterebbe alcuna eccezione. Ma tutti ammettono che bisogna fare qualche eccezione. Si possono fare in presenza del testo della legge? L'art. 1872 soggiunge: « Sono applicabili alla divisione fra soci le regole concernenti la *forma* di tale divisione e le *obbligazioni* che ne risultano fra i coeredi ». Questa disposizione sarebbe perfettamente inutile se il principio dell'articolo avesse il senso generale che sembra avere. Bisogna dunque ammettere che i termini della legge non sono così assoluti come pare, che, per conseguenza, l'intenzione del legislatore non è stata di rendere applicabili alla divisone delle società tutte le regole ch'esso stabilisce per la divisione delle eredità.

---

(1) Rigetto, 17 febbraio 1869 (DALLOZ, 1870, 1, 401).

Rimane a precisare quali siano applicabili e quali no. Se si esamina la difficoltà in massima, la soluzione è dubbia. La divisione è un solo e medesimo fatto giuridico, qualunque sia la causa dell'indivisione alla quale mette fine. Sia la successione *ab intestato*, testamentaria o contrattuale, sia la comunione o la società, il fatto essendo identico, anche le conseguenze devono essere le stesse. Dunque le regole che il codice traccia, al titolo delle *Successioni*, sulla divisione sono generali per loro natura e devono, per conseguenza, ricevere applicazione alla società. Non vi ha eccezione che per le disposizioni che trovano la loro ragion d'essere nei rapporti fra coeredi, rapporti che non sono gli stessi fra soci. Questo principio può conciliarsi col testo dell'art. 1872. La legge non applica assolutamente alla società tutte le regole della divisione fra coeredi, senza dire quali sono quelle che non rende applicabili. La difficoltà deve dunque essere decisa dai principii generali di diritto.

411. L'art. 841 stabilisce, a vantaggio degli eredi, il retratto successorio nel caso in cui un coerede venda il suo diritto alla eredità. Si domanda se i soci hanno lo stesso diritto. La negativa è stata ritenuta dalla Corte di Parigi, e ci pare certa. Questa medesima questione si presenta in materia di comunione e l'abbiamo decisa nel medesimo senso (v. XXIII, n. 17). L'articolo 841, dice la Corte di Parigi, contiene una disposizione speciale ed eccezionale, creata allo scopo d'impedire ad estranei di penetrare nei segreti della famiglia. Questa ragione di pubblica moralità non s'incontra nelle società. Tutto vi è chiaro, scritto ed affidato ai libri e ad una corrispondenza comune a tutti i soci, e quando si consultano, è per apprezzare fatti ed operazioni che sono affari e non segreti (1). La dottrina è unanime in questo senso (2).

412. La divisione mette in giuoco interessi molto diversi. La legge ha cura di tutelarli tutti, conciliandoli. Si domanda se i creditori hanno, in materia di società, i diritti che la legge accorda loro in materia di successione. Vi ha una prima difficoltà che la Corte di cassazione ha recentemente deciso. L'art. 820 reca che i creditori possono domandare l'apposizione dei sigilli in forza d'un titolo esecutivo e d'un permesso del giudice. Hanno essi un tale diritto in caso di scioglimento della società? Se si ammette il nostro principio (n. 410), il diritto dei creditori non è dubbio. La Corte di Cassazione si limita a dire che dai combinati art. 820 e 1872 risulta che i creditori possono domandare l'apposizione dei sigilli sull'attivo sociale. Si obbiettava che, essendo la società in liquidazione, l'apposizione dei sigilli impediva ai soci di liquidare. La Corte suprema risponde anzitutto che l'apposizione dei sigilli è una misura conservativa la quale di-

(1) Parigi, 7 luglio 1836 (DALLOZ, v. *Successions*, n. 1670).
(2) Vedi le testimonianze in PONT, p. 514, p. 783.

verrebbe completamente inefficace se i creditori dovessero attendere la fine della liquidazione, quando non vi ha più nulla da salvare. In fatto, dice la Corte, il giudice può, come era accaduto nel caso concreto, prescrivere le misure che, assicurando i diritti dei creditori, permettano di continuare le operazioni della liquidazione. Si faceva anche un'altra obbiezione. Una clausola del contratto sociale stipulava la continuazione della società fra i soci superstiti e vietava l'apposizione dei sigilli. Una simile clausola è valida? Fra soci, sì; a riguardo dei terzi, no. Infatti, i soci non possono fare convenzioni che nuocano ai terzi (1).

413. L'art. 882 dà ai creditori il diritto d'intervenire nella divisione e di opporsi a che sia fatta in loro assenza. È certo ch'essi hanno lo stesso diritto quando si tratta della divisione d'una società. Ma l'art. 882 soggiunge che i creditori non possono impugnare la divisione consumata, a meno che non sia stata fatta senza di loro e in pregiudizio d'una opposizione che essi avessero proposta. Questa disposizione, come è interpretata dalla Corte suprema, deroga all'art. 1167, il quale prevede precisamente questa derogazione. È dunque una disposizione eccezionale. Si deve applicarla ai creditori sociali? L'ottima sentenza della Corte di cassazione che ha interpretato l'articolo 882 ha deciso anche questa quistione, e l'ha decisa negativamente (2). È la vera soluzione, a nostro avviso. L'art. 1167, che prevede una deroga al principio dell'azione pauliana, rimanda al titolo delle *Successioni* e a quello del *Contratto di matrimonio* ma non dice nulla della *società*. L'intenzione del legislatore è dunque stata di lasciare i diritti dei creditori sociali sotto l'impero del diritto comune, ossia permette loro d'impugnare la divisione fatta in frode dei loro diritti, senza che siano tenuti a fare opposizione perchè sia stata eseguita senza di loro. Se tale è la decisione dell'art. 1167, è impossibile che l'art. 1872 abbia sottoposto i creditori ad un disposizione eccezionale dalla quale l'art. 1167 li proscioglie. È il caso di applicare il nostro principio (n. 410). L'art. 1872 rende applicabili alle divisioni fra soci le disposizioni del titolo delle *Successioni* che consacrano regole generali, e non quelle che stabiliscono eccezioni.

L'argomentazione giuridica è irreprensibile. Ma si può domandare se vi ha una ragione di questa differenza fra la divisione della società e la divisione d'una eredità. La modificazione che l'art. 882 apporta all'esercizio dell'azione pauliana si applica alla divisione della comunione, secondo la giurisprudenza della Corte suprema che abbiamo riportata, approvandola, al titolo del *Contratto di matrimonio* (v. XXIII, n. 15). Perchè il legislatore non l'ha estesa alla società, quando la comunione è una specie

(1) Rigetto, 23 luglio 1872 (DALLOZ, 1873, 1, 355).

(2) Rigetto, 9 luglio 1866, sulla relazione del consigliere D'UBEXI (DALLOZ, 1866, 1, 369). Cfr. PONT, p. 515, n. 785, e gli autori che cita.

di società? Vi ha un motivo che giustifichi questo ritorno al diritto comune dell'art. 1167? Noi non ne conosciamo alcuno, e crediamo, al contrario, che le ragioni che giustificano la disposizione eccezionale dell'art. 882, in materia di eredità e di comunione, esistano anche in materia di società. È una anomalia legislativa, a nostro avviso, ma non vediamo alcun modo di correggerla.

414. L'art. 792 stabilisce: « Gli eredi che avessero distratti o nascosti effetti d'una eredità sono decaduti dalla facoltà di rinunciarvi. Essi restano eredi puri e semplici nonostante la loro rinuncia, senza poter pretendere alcuna parte negli oggetti distratti o nascosti ». Questa disposizione si applica ai soci? La negativa è insegnata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Anzitutto non può parlarsi della decadenza della facoltà di rinunciare, poichè i soci non hanno diritto di rinunciare per liberarsi dall'obbligazione di pagare i debiti. Per applicare ai soci ciò che l'art. 792 dice degli eredi bisognerebbe dunque scindere la legge, il che sarebbe estenderla anzichè applicarla. Quando il legislatore ha voluto estenderla, lo ha detto formalmente. Così l'art. 1477 dispone che « quello dei coniugi che avesse distratto o nascosto effetti della comunione è privato della sua porzione nei detti effetti ». Questa disposizione è tanto più notevole in quanto viene dopo l'art. 1476, che dichiara applicabili alla divisione della comunione le regole stabilite al titolo delle *Successioni*, sulle forme della divisione e dei suoi effetti, disposizione analoga a quella dell'art. 1872. Ciò rende decisivo il silenzio della legge al titolo della *società*. Le pene sono sempre eccezioni, e non esistono che in forza d'una legge espressa (1).

Faremo, su questa differenza che la legge stabilisce fra la società e la comunione, l'osservazione testè mossa (n. 413), che cioè la cupidigia la quale giunge fino all'occultamento ed alla distrazione meritava di essere punita tanto fra soci quanto fra coniugi o fra eredi. Del resto, in mancanza d'una pena civile, vi sarebbe luogo ad applicare le leggi penali.

415. A termini dell'art. 826, ogni coerede può domandare la sua parte in natura dei mobili ed immobili della eredità, e l'articolo 832 soggiunge che conviene far entrare in ogni lotto, se si può, la stessa quantità di mobili, d'immobili, di diritti o crediti dell'ugual natura e valore. Queste disposizioni si applicano alla divisione della comunione, come abbiamo detto al titolo del *Contratto di matrimonio*. Vi ha la stessa ragione per applicarle in materia di società; anzi l'art. 1872 è, sotto questo rapporto, più esplicito dell'art. 1476, poichè dichiara applicabili alla divisione fra soci le regole concernenti *la divisione* delle eredità.

---

(1) Rigetto, 28 agosto 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 352). Nello stesso senso, le sentenze e gli autori citati da PONT, p. 516, n. 787.

L'art. 1476, al contrario, non parla che delle forme e degli effetti della divisione. Ora, l'eguaglianza nella distribuzione dei lotti è una regola essenziale della divisione, ed è quindi fuori di dubbio che bisogna osservarla nella divisione fra soci. Occorrerebbe una disposizione restrittiva per escluderla, mentre vi ha una norma generale che permette e comanda di applicarla. È questa l'opinione generalmente seguita (1).

416. Pothier dice che l'eguaglianza è più scrupolosamente richiesta nelle divisioni che nei contratti commutativi, perchè la divisione non è che una liquidazione di diritti preesistenti, e ne conchiude che le divisioni sono rescindibili per lesione di un quarto, mentre la rescissione della vendita non era ammessa nell'antico diritto che per una lesione eccedente la metà. Sotto questo rapporto, non vi ha alcuna differenza fra le diverse divisioni; anche Pothier le mette tutte alla stessa stregua (2). Però il progetto di codice civile, quale fu adottato dal Consiglio di Stato, non ammetteva l'azione di rescissione nella divisione fra soci. Il Consiglio non era favorevole alla rescissione della vendita. Estendeva esso questa avversione alla divisione della società? Avrebbe ragionato malissimo, perchè in ogni divisione, come dice Pothier, l'eguaglianza è un principio essenziale. Il Tribunato ne fece l'osservazione: « Se l'ammettere l'azione di restituzione contro ogni divisione in generale e contro le vendite presenta gravissimi inconvenienti, essi sono assolutamente gli stessi e nel caso di divisione d'una eredità e in quello della divisione d'una società. Ma quello che importa essenzialmente alla perfezione del codice civile è di stare invariabilmente ai principii che esso ha consacrati, e anzichè poter dare forti ragioni di differenza per ammettere la rescissione contro una divisione di eredità e respingerla contro quella d'una società, l'azione dev'essere più favorita nel secondo caso; poichè l'eguaglianza, che è l'anima di ogni divisione, appartiene più particolarmente ancora a quella d'una società, di cui costituisce la natura e l'essenza ». Il Tribunato propose la soppressione della disposizione che non ammetteva la rescissione per causa di lesione, e il Consiglio di Stato adottò la proposta (3).

417. L'art. 1872 applica alla divisione fra soci le regole concernenti le obbligazioni che risultano dalla divisione fra coeredi Tale è la garanzia alla quale gli eredi sono tenuti. Ecco un'altra regola che appartiene all'essenza della divisione, poichè ha per oggetto d'assicurare l'eguaglianza che deve regnare fra i condividenti. Si applicano dunque alla società gli articoli 884 e seguenti.

418. L'art. 1872 non parla degli effetti della divisione che

---

(1) PONT, p. 516, n. 788 e gli autori che cita.
(2) POTHIER, *Della società*, n. 674.
(3) Osservazioni del Tribunato, n. 11 (LOCRÉ, t. VII, p. 238).

l'art. 1476 comprende nella sua analoga disposizione. Si deve conchiuderne che la divisione fra soci non è dichiarativa di proprietà? No, certo. La disposizione generale dell'art. 1872 basta per rendere applicabile alla divisione fra soci una regola che, nel sistema del codice, forma un principio generale. Pothier l'osserva: « Vi ha un gran differenza, egli dice, fra il nostro diritto francese e il diritto romano riguardo all'effetto della divisione. Pel diritto romano la divisione era una specie di permuta. Al contrario secondo il nostro diritto francese, la divisione non è riguardata come un titolo d'acquisto, ma come un atto il quale non fa altro che fissare le parti indeterminate che ogni condividente aveva, prima della divisione, nella comunione esistente fra loro, sulle sole cose cadute nel lotto di ciascuno di loro » (1). Di qui il principio stabilito dall'art. 883: « Si reputa che ogni coerede sia solo ed immediato successore in tutti gli effetti componenti la sua quota, e che non abbia mai avuta la proprietà degli altri effetti ereditari ». È un principio generale del nostro diritto francese, e come tale è compreso nelle disposizioni dell'art. 1872.

Il principio è ammesso da tutti, ma vi ha qualche difficoltà nella sua applicazione. Si domanda se la divisione retroagisca soltanto al giorno dello scioglimento della comunione, o se retroagisca al giorno in cui la società ha acquistato le cose che formano oggetto della divisione. Le opinioni sono divise. La decisione dipende dal carattere che si riconosce alla società. Se è un ente morale, distinto dalle persone dei soci, bisogna dire che la società è proprietaria e che l'indivisione fra soci non comincia che al suo scioglimento. Secondo questo sistema, l'indivisione retroagisce al giorno in cui la società finisce. Secondo la nostra opinione, la società non è una persona civile: la società sono i soci; questi sono comproprietarii delle cose che compongono il fondo sociale, e quindi l'indivisione comincia dal giorno in cui la società ha acquistato le cose, e la divisione retroagisce a quel momento. Ciò che dà gran peso al principio ed alla conseguenza che ne risulta, si è ch'esso è insegnato da Pothier. Bisogna dunque applicare alla divisione fra soci quanto abbiamo detto, al titolo delle *Successioni*, dell'effetto dichiarativo della divisione (2).

Il principio si applica anche alla licitazione tra condividenti. L'art. 883 è formale. Ne risulta che l'iscrizione presa dalla moglie di uno dei soci sull'immobile licitato, per la sua ipoteca legale, viene cancellata dall'aggiudicazione dell'immobile a un altro socio. La Corte di Metz ha giudicato così, e non vi ha dubbio (3). Accadrebbe altrimenti se l'immobile fosse stato aggiudi-

(1) POTHIER, *Della società*, n. 179.
(2) Vedi, in senso diverso, PONT e gli autori che cita, p. 519, nn. 794 e 795.
(3) Metz, 31 dicembre 1867 (DALLOZ, 1868, 2, 145).

cato ad un terzo. In questo caso, la licitazione è una vendita, e la vendita lascia sussistere tanto le ipoteche quanto tutti gli altri diritti reali che gravano la cosa venduta.

APPENDICI.

I. — *Delle società carbonifere.*

419. Si legge in una sentenza della Corte di cassazione del Belgio: « La società carbonifera è una società *sui generis* che differisce essenzialmente dalla società ordinaria regolata dal codice civile ». In che consiste questa differenza essenziale? La Corte risponde che la società carbonifera costituisce un ente morale che ha la sua propria personalità, completamente distinta e indipendente dalla persona di ciascun socio od azionista (1). Nel nostro diritto le società civili non sono persone morali. Questo carattere non appartiene che alle società commerciali (n. 181). La prima questione che si presenta consiste dunque nel sapere se le società carbonifere sono società commerciali e se, pur non essendo società commerciali, formano persone civili, e a qual titolo esse godono della personificazione.

420. Secondo la dottrina e la giurisprudenza le società carbonifere sono società civili. L'art. 32 della legge del 21 aprile 1810 dispone che l'esercizio delle miniere non è considerato come un commercio e non va soggetto a patente. È questa l'applicazione dei principii generali che reggono gli atti di commercio. L'osservazione è stata fatta dalla commissione del corpo legislativo che, nel 1810, sostituiva la sezione di legislazione del Tribunato: « Essendo la miniera una proprietà fondiaria, il privato o la società che la esercita fa valere il suo fondo e nulla più ». Ora, il proprietario che vende i prodotti del suo fondo non fa atto di commercio. Ne consegue, ed è ancora la commissione legislativa che lo dice, che le contestazioni concernenti le società carbonifere sono di competenza dei tribunali civili. Fu precisamente per determinare questa competenza che la commissione propose l'art. 32. Dunque, secondo il testo medesimo della legge, come è stato interpretato dai suoi autori, le società carbonifere non sono società commerciali.

---

(1) Rigetto, 17 giugno 1861 (*Pasicrisie*, 1865, 1, 37).

La Corte di cassazione del Belgio ha formulato siffatta conseguenza in questi termini: « Dall'art. 32 della legge del 21 aprile 1810 risulta che una società costituita *unicamente* per l'esercizio d'una miniera non è una società commerciale » (1). Noi crediamo che la Corte abbia ragione di aggiungere una riserva alla sua decisione. Può darsi che una società carbonifera faccia atti di commercio. Essa sarà una società commerciale. Però è stato giudicato che una società carbonifera la quale, secondo i suoi statuti, aveva per oggetto, non soltanto l'esercizio delle miniere indicate nell'atto, ma anche la fabbricazione del coke, delle mattonelle, ed il commercio dei carboni in generale, rimaneva una società civile, perchè l'esercizio della miniera costituiva lo scopo principale ed essenziale della società, la fabbricazione del coke ed il commercio dei carboni non essendo che un oggetto accessorio e secondario. Ciò ne sembra dubbio, e la Corte stessa non pare troppo sicura della sua decisione, perchè soggiunge che era contestato che la società non avesse mai fatto altro che esercitare la sua miniera (2).

421. Le società carbonifere essendo società civili, ne risulta che, secondo il codice Napoleone, non formano una persona morale distinta dai soci. Tuttavia la giurisprudenza è costante in favore della personificazione. La nostra Corte suprema non ha motivato la sua decisione senza dubbio perchè il principio è universalmente riconosciuto (n. 419) (3). Vi ha però un motivo di dubitare molto serio. La Corte dice che le società carbonifere differiscono essenzialmente dalle società regolate dal codice civile. Sarebbe dunque un'eccezione al diritto comune. Quale è il fondamento di questa eccezione? Così era nell'antico diritto, e la legge del 1810 pare abbia consacrato il diritto tradizionale. A termini dell'art. 8, le miniere sono immobili. Tuttavia le azioni o interessi in una società o impresa per l'esercizio delle miniere sono reputati mobili, conformemente all'art. 529 del codice Napoleone. È su questa disposizione dell'art. 529 che la dottrina si fonda per ammettere la personificazione delle società commerciali. Siccome la legge del 1810 assimila le società carbonifere alle società menzionate nell'art. 529, bisogna conchiuderne ch'essa le considera come persone morali (4). L'argomentazione lascia qualche incertezza. Si potrebbe trarre un'altra conseguenza dalla legge del 1810 combinata col codice Napoleone, cioè che tutte le società civili sono persone morali. Non ci addentriamo in siffatta quistione. La

---

(1) Rigetto, 14 dicembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 1, 415, sezioni riunite). La giurisprudenza francese è nello stesso senso. (Vedi le sentenze nel *Repertorio* di DALLOZ, v. *Société*, n. 232).

(2) Liegi, 28 gennaio 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 108).

(3) Cfr. rigetto, 17 giugno 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 1, 37), egualmente senza motivi.

(4) Bruxelles, 31 marzo 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 167), e 19 luglio 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 339).

legge belga sulle società di commercio l'ha risoluta (numero 181). In ogni caso la personificazione delle società carbonifere è una anomalia giuridica. Ne risulta che queste società partecipano ad un tempo del diritto civile e del diritto commerciale; sono civili per il loro oggetto, sono commerciali per la personalità che la legge riconosce loro. La nostra Corte di cassazione ha dunque ragione di dire che sono società *sui generis*. Fin dove giunge la deroga al diritto comune? Quali sono le differenze che intercedono fra le società carbonifere e le società civili? Sono quistioni non scevre da difficoltà.

422. Per la loro costituzione, le società carbonifere somigliano alle società anonime. Esse hanno una ragione sociale e anonima; gli interessi sono divisi per azioni; la loro importanza oltrepassa di molto quella delle società civili ordinarie. Sono senza dubbio questi caratteri esteriori che nell'uso hanno fatto attribuire loro la personificazione di cui non godono le società ordinarie. La legge belga sulle società di commercio del 18 maggio 1873 ha dato la sua sanzione a questa assimilazione delle società carbonifere alle società commerciali. A termini dell'art. 136, « le società il cui oggetto consiste nell'esercizio delle miniere possono, senza perdere il loro carattere civile, assumere le forme delle società commerciali assoggettandosi alle disposizioni del presente titolo ». Quale ne è la conseguenza? Abbiamo stabilito il principio più sopra (nn. 220 222). Anche quando le società carbonifere non sono costituite nelle forme delle società di commercio, hanno tuttavia qualche rapporto con queste società in conseguenza della divisione del capitale sociale per azioni. Ciò che caratterizza le società civili è ch'esse sono un'associazione di persone fondata sulla reciproca fiducia; donde la conseguenza, consacrata dall'articolo 1861, che un socio non può, senza il consenso degli altri, ammettere una terza persona nella società. Le società carbonifere essendo società civili, ne risulta che sono anche associazioni di persone, ma, d'altra parte, esse si costituiscono mercè una riunione di capitali, e il capitale sociale si fraziona per azioni. Che cosa se ne deve conchiudere? L'art. 1841 si applica alle società carbonifere? No, perchè ogni azionista è socio. Cedendo la sua quota o la sua azione, il socio si sostituisce per ciò stesso un altro azionista come socio (1). Ecco una deroga al diritto comune. L'elemento commerciale prevale, in questo caso, all'elemento civile.

423. Nell'organizzazione delle società carbonifere è decisamente il carattere commerciale, la personificazione, che prevale. Il codice Napoleone prevede il caso che il patto sociale non contenga stipulazioni intorno al modo d'amministrare la società.

(1) Bruxelles, 10 aprile 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 107).

In questo caso, dice l'art. 1859, si ritiene che i soci si siano data reciprocamente la facoltà d'amministrare l'uno per l'altro, e quello che ciascun fa è valido, anche per la parte degli altri e senza il loro consenso. Ciò suppone un piccolo numero di soci che si conoscono e che vanno d'accordo. Una simile amministrazione è assolutamente impossibile quando ogni azionista è socio e quando le azioni possono frazionarsi all'infinito, come avviene nelle società carbonifere. L'art. 1859 implica ancora che la società non costituisca un corpo morale. Soltanto in questa ipotesi l'amministrazione appartiene ai soci. Quando la società è distinta dai soci, questi non hanno alcun diritto: solo il rappresentante della società ha diritto d'agire in di lei nome e d'obbligarla. Ne consegue che l'art. 1859 non è applicabile alle società carbonifere. La Corte di cassazione del Belgio ha giudicato che, all'infuori delle assemblee generali della società alle quali prendono parte, i soci non esercitano alcun altro diritto individuale che quello di partecipare agli utili dell'esercizio. È la società, come ente morale, che rappresenta l'esercizio e gli interessi collettivi di tutti gli azionisti. Sono dunque gli organi della società che amministrano, che agiscono, che esercitano i diritti ed azioni in suo nome (1). La differenza fra le società carbonifere e le società civili è sostanziale. In queste i soci sono comproprietarii, ed è naturale che amministrino la loro cosa. Nelle altre, i soci, durante la società, sono semplici creditori della medesima. È questa, ente morale, persona distinta dei soci, la proprietaria. Essa si amministra secondo i suoi statuti, ed ha necessariamente un organo che la rappresenti (2).

424. La Corte di Bruxelles ha dedotto da questi principii una conseguenza assai caratteristica per quanto riguarda la condizione dei soci in una società carbonifera. Possono essi intervenire in una causa fra la società, rappresentata dai suoi amministratori, e terze persone, per prendervi conclusioni in proprio nome personale, come azionisti? Il codice di procedura stabilisce i principii sul diritto d'intervenire in una causa. A termini dell'art. 466, non è ammesso l'intervento se non di coloro che avrebbero diritto di fare opposizione di terzo ad una sentenza che pregiudica i loro diritti, e nella quale nè l'interveniente nè coloro che egli rappresenta hanno avuto parte. Nelle cause in cui figura una società civile, i soci sono parti, poichè sono proprietarii del fondo sociale, ma se la società è un ente morale, come la società carbonifera, è ad essa che appartiene la proprietà dell'impresa, vale a dire della miniera, il cui esercizio costituisce l'oggetto della società. Adunque tutti

(1) Rigetto, 17 giugno 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 1, 37). Cfr. Bruxelles, 1.° maggio 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 111).

(2) Bruxelles, 10 aprile 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 107).

i diritti e le azioni competono alla società. Non essendo il socio comproprietario del fondo sociale, le azioni che la società intenta gli sono estranee, e quindi non può intervenirvi. Il solo diritto ch'egli abbia è di partecipare agli utili. A questo titolo, egli ha un credito contro la società, ma non gli spetta alcuna azione contro i terzi debitori della società, e quindi non può intervenire nelle cause che sorgano fra la società e i terzi (1).

425. Un'altra conseguenza deriva dallo stesso principio. Nelle società civili, i creditori personali dei soci sono creditori della società, e i creditori della società sono creditori dei soci. La società e i soci non formano due persone diverse. È sempre la stessa persona che figura nelle obbligazioni, cui partecipa, sia la società, sia un socio. Diversamente accade nelle società che costituiscono un corpo morale. I creditori della società hanno per debitore questo ente morale, mentre i creditori personali dei soci hanno per debitori altre persone, i soci. Essi non possono dunque concorrere coi creditori della società. Questi sono pagati sul fondo sociale, che è la loro garanzia, prelativamente ai creditori dei soci. Simile garanzia non si può nemmeno chiamare un diritto di preferenza.

A vero dire non vi ha conflitto fra i creditori della società e i creditori del socio, perchè essi hanno debitori diversi. La Corte di Bruxelles ha giudicato, e non vi ha alcun dubbio, che i creditori d'una società carbonifera avevano per garanzia il fondo sociale, salvo ai creditori dei soci esercitare i diritti del loro debitore dopo che sono pagati i creditori sociali (2).

426. La stessa Corte ha fatto un'altra applicazione, molto interessante, di questi principii. Abbiamo detto che i soci non posseggono che un diritto di credito contro la società (n. 423). Questo credito si prescrive in trent'anni, come ogni altra azione (art. 2262). I soci possono interrompere la prescrizione: è il diritto comune. Ma con quali atti la prescrizione sarà interrotta? La prescrizione decorre in favore della società, ed è quindi contro la società che la prescrizione deve essere interrotta. Ora, nella specie, il socio attore non invocava che atti di riconoscimento emanati dai soci. La Corte ha giudicato, e giustamente, che tali atti non avevano alcun valore. I soci non sono debitori; essi non rappresentano la società, e quindi non hanno il diritto di riconoscere l'esistenza d'un debito a carico della società. Questa considerazione è decisiva (3). Sarebbe tutto all'opposto nelle società civili che non formano un corpo morale. I soci sono creditori, comproprietarii dei diritti che spettano alla

---

(1) Bruxelles, 14 febbraio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 111).
(2) Bruxelles, 19 luglio 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 339).
(3) Bruxelles, 31 marzo 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 167).

società, e quindi anche debitori. Per conseguenza. la prescrizione può essere interrotta in virtù del loro riconoscimento, se si tratta dei diritti d'un terzo contro la società. Quanto ai diritti dei soci contro la società, essi non possono esercitarli finchè questa dura, e quindi la prescrizione non può correre contro di loro. Ritorneremo sui principii al titolo che è la sede della materia.

427. Dicendo che i soci non hanno altro diritto che un credito contro la società, la Corte di cassazione fa una riserva per quanto riguarda le assemblee generali a cui ogni azionista ha il diritto di partecipare (n. 423). La società è un ente morale, ma questo ente morale è una persona fittizia, che per sè stessa non può agire, ma deve avere un rappresentante. Chi nomina questo rappresentante? Chi determina l'estensione dei suoi poteri? Naturalmente i soci. Ogni società carbonifera ha i suoi statuti, perchè, essendo una finzione, è incapace d'agire, e quindi occorre un potere sociale. Sono i soci che, costituendo la società, regolano la nomina e le attribuzioni degli amministratori. La società è normalmente rappresentata da un direttore gerente nominato dai soci in assemblea generale, o da delegati muniti all'uopo di mandato. In diritto, il direttore è un mandatario; è la società che agisce per mezzo suo: donde segue che debbonsi applicare i principii del mandato. Il gerente obbliga la società, non si obbliga personalmente. Su questo punto non vi ha nulla di speciale nelle società carbonifere (1).

L'assemblea generale non si spoglia de' suoi poteri nominando un gerente. È dessa che esercita il potere costituente; gli amministratori non fanno che amministrare. Se gli statuti non contengono alcuna clausola intorno all'estensione del mandato loro affidato, si applicano i principii che abbiamo esposti riguardo all'amministrazione della società. Quando i soci sono chiamati a deliberare, le decisioni si prendono a maggioranza di voti, ovvero occorre l'unanimità dei soci? Nel silenzio degli statuti, si applica il principio in forza del quale basta la maggioranza per gli atti d'amministrazione (2), mentre occorre il consenso di tutti i soci quando si tratta di modificare il patto sociale (3).

Nelle deliberazioni delle società carbonifere vi ha qualche cosa di speciale. Le decisioni si prendono, non a maggioranza di voti, vale a dire dei votanti, ma a maggioranza di interessi (4). È il procedimento generalmente in uso presso le società anonime. Secondo il diritto comune, la maggioranza si determina dal numero dei votanti.

---

(1) Vedi la succitata sentenza (p. 322, nota 1) della Corte di Bruxelles

(2) Liegi, 19 giugno 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 306).

(3) Liegi, 4 dicembre 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 26). Bruxelles, 28 maggio 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 321).

(4) Liegi, 24 febbraio 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 300) e 2 agosto 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 193).

428. I soci delle società carbonifere devono contribuire alle spese che richiede l'esercizio. Se non adempiono questa obbligazione, possono esservi costretti mediante gli atti esecutivi stabiliti dal codice di procedura. Nell'antico paese di Liegi i soci erano decaduti dal loro diritto quando non provvedevano alle spese comuni. È stato giudicato che quest'uso fu abolito dalle nuove leggi (1). Si obbiettava che l'art. 55 della legge del 21 aprile 1810 mantiene le antiche consuetudini. Questo è vero degli usi che non sono contrarii alle nuove leggi, ma è impossibile ammettere che il legislatore mantenga usi che si trovano in opposizione colle leggi da lui fatte. La giurisprudenza è in questo senso (2).

429. I soci sono tenuti ai debiti sociali. Tali sono le obbligazioni contratte in nome della società dal direttore della miniera. E' questo il diritto comune. Si applica anche ai soci il principio generale dell'art. 1861. Essi non sono vincolati solidariamente. Malgrado l'analogia che esiste fra le società carbonifere e le società commerciali, le prime sono essenzialmente civili, e quindi soggette al diritto comune, salvo le differenze che risultano dalla loro personificazione, e la loro qualità di persona morale non ha nulla di comune coll'estensione dell'obbligazione dei soci a riguardo dei terzi (3).

Devesi applicare alle società carbonifere la disposizione dell'art. 1863, a termini del quale i soci sono obbligati verso i creditori per una somma e quota eguale, a meno che l'atto non rechi ch'essi sono obbligati in ragione del loro interesse? Ci pare che l'art. 1863 non sia applicabile. La legge suppone che i *soci* contrattino col creditore. Ora, nelle società carbonifere, i soci non figurano nel contratto; è il direttore della miniera che stipula in nome della società: è dunque la società che è obbligata, e la società sono le quote sociali, vale a dire le azioni dei soci. Trattasi di un'associazione tanto di capitali quanto di persone (n. 422), e quando si tratta di debiti, è il primo carattere che domina. La giurisprudenza è in questo senso, ma un po' esitante. La sentenza che abbiamo citato (art. 1) decide formalmente che i soci non sono tenuti a pagare i debiti che in proporzione dell' interesse loro nella società. In un' altra sentenza, la Corte di Bruxelles dice che i soci sono obbligati, in parti eguali e in ragione della quota sociale di ciascuno, ai debiti contratti in nome della società, il che sembra richiamare la disposizione dell' art. 1863, ma i termini della sentenza lasciano la questione indecisa (4). Fu sostenuto, nella specie, che i soci fondatori erano obbligati per una porzione virile a

---

(1) Liegi, 12 giugno 1810, confermata da una sentenza di rigetto della sezione di cassazione del 27 marzo 1817 (*Pasicrisie*, 1815, p. 397, e 1817, p. 357).

(2) Liegi, 12 febbraio 1842 *Pasicrisie*, 1843, 2, 144).

(3) Bruxelles, 23 maggio 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 381).

(4) Bruxelles, 10 aprile 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 107).

tutti i debiti sociali, qualunque fosse il numero degli azionisti. Questa pretesa venne respinta: essa non ha fondamento nella legge. Occorrerebbe dunque una clausola formale dell'atto di società che derogasse al diritto comune, e, nella specie, i soci fondatori non avevano contratta alcuna obbligazione eccezionale.

430. Come finiscono le società carbonifere? Sulla quistione la giurisprudenza delle Corti del Belgio si trova in contrasto colla giurisprudenza francese. Le nostre Corti decidono che le società carbonifere sono perpetue, nel senso che non vengono risolte dalla morte d'un socio, nè dalla di lui rinuncia. In teoria, e astrazion fatta dai testi, non mancano buone ragioni per giustificare questa dottrina. Le società carbonifere, dice la Corte di Bruxelles, abbracciano imprese che per loro natura si prolungano per secoli, e non si può determinarne la durata. D'altra parte, esse esigono lavori preventivi, lunghi e dispendiosi. Ne consegue che coloro i quali costituiscono una associazione carbonifera hanno l'intenzione certissima ch'essa non possa finire da un momento all'altro, sia per la volontà che esprimesse uno dei soci, sia per la morte. Ciò è vero, ma si domanda se basta per derogare al diritto comune. L'intenzione dei soci non deve essere espressa in modo formale, dal momento che tende a creare un'eccezione? Ecco un motivo di dubitare al quale non troviamo risposta nella giurisprudenza. La Corte di Bruxelles dice che l'intenzione dei soci di perpetuare la loro società si manifesta d'ordinario in modo poco equivoco nel contratto sociale, il quale accorda di regola ad ogni socio la facoltà di ritirarsene, e indica, come faceva, nella specie, il contratto litigioso, in qual modo si potrà cessare di farne parte, senza che la società stessa finisca. La Corte ne conchiude che le società carbonifere dell'Hainaut non finiscono nè per la morte nè per la rinuncia d'un socio. Però la sentenza aggiunge una riserva: « Quando però non concorrano altre circostanze per motivare il suo scioglimento » (1). Quali sono queste circostanze? La Corte non lo dice.

La Corte di Liegi si è pronunciata nello stesso senso. Nelle società carbonifere, essa dice, la morte di uno dei membri della società *non è mai stata* e non può essere ammessa come una causa di scioglimento, perchè, se la morte d'un socio importasse lo scioglimento della società, questa sorta d'imprese, per la natura, l'importanza e la durata dei lavori che richiedono, sarebbe assolutamente impossibile. Questa considerazione va rivolta al legislatore, che avrebbe dovuto fare eccezione alla regola. La Corte aggiunge un motivo di diritto. Perchè la legge dispone che le società finiscono alla morte? Perchè sono società di persone le quali si fondano sulla fiducia che inspirano le qualità

---

(1) Bruxelles, 22 novembre 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 491).

personali d'un socio. Non accade così delle società carbonifere le quali vengono contratte meno in vista delle persone che dei capitali da queste conferiti (1). È vero, ma basta questa ragione per derogare alla legge?

La questione è stata portata ripetutamente davanti la nostra Corte suprema. Custode delle leggi, essa ha dovuto cercare nei testi un motivo che giustifichi la giurisprudenza. Nel silenzio del contratto, essa dice, la società formata per l'esercizio d'una miniera deve continuare di pien diritto coll'erede del socio premorto? Ecco la questione posta nettamente. Il contratto tace. Che cosa si deve decidere? La Corte invoca l'oggetto e la natura tutta speciale delle società carbonifere. È la considerazione di fatto che le Corti d'appello fanno valere. La Cassazione comprende ch'essa è insufficiente, a meno che non trovi un appoggio nei testi, e cerca questo appoggio nella legge del 1810 sulle miniere. La concessione d'una miniera ha luogo non tanto pel vantaggio personale dei concessionarii quanto per viste d'interesse generale. Questo interesse esige che l'esercizio continui senza interruzione fin quando è possibile. Ora, l'interesse pubblico deve prevalere alle cause d'interesse privato che avessero per risultato d'arrestare o d'intralciare l'estrazione del carbone, e si oppone, per conseguenza, a che la società carbonifera abbia, per la morte d'uno dei suoi membri, uno scioglimento forzato, il cui primo effetto sarebbe di sospendere l'esercizio comune, per condurre poi alla divisione della miniera. È quello che anche la legge del 31 aprile 1810 ha voluto impedire vietando (art. 7) di dividere una miniera senza la preventiva autorizzazione del Governo e stabilendo (art. 49) garanzie contro la sospensione ed anche la semplice restrizione dell'esercizio (2). Vi ha una risposta perentoria, a nostro avviso, all'argomentazione appoggiata sulla legge del 1810, ed è che questa non si occupa delle società costituite per l'esercizio delle miniere se non per dire che l'esercizio non è un atto di commercio, donde segue che le società carbonifere sono società civili; il che le assoggetta all'art. 1865. Tutto ciò che risulta dagli argomenti della Corte si è che il legislatore avrebbe dovuto fare eccezione all'art. 1865, per le società carbonifere, ma è certissimo che questa eccezione non esiste.

Ciò che prova quanto il fondamento giuridico della giurisprudenza sia poco solido è che l'argomentazione cambia da una sentenza all'altra. La decisione che abbiamo analizzato è del

---

(1) Liegi, 6 gennaio 1844 *Pasicrisie*, 1844, 2, 295), e sezione di cassazione (senza motivi), 22 dicembre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 344).

(2) Rigetto, 14 dicembre 1838, sezioni riunite, sulla relazione di DEFERRQZ e sulle conformi conclusioni del procuratore generale LECLERCQ (*Pasicrisie*, 1838, 1, 415).

1838. Nel 1845 la questione si ripresentò, e la Corte non fa più menzione della legge del 1810, sulla quale si fondava la sentenza del 1838. L'ultima pronunzia resa sovra relazione d'un insigne giureconsulto, De Cuyper, si pone sul terreno del codice civile, la vera sede della questione. Secondo l'art. 1865, la società finisce colla morte di uno dei soci, ma l'art. 1868 permette alle parti contraenti di stipulare ch'essa continuerà sia cogli eredi del socio premorto, sia fra i soci superstiti. Occorre all'uopo una clausola espressa? Nessuna legge lo esige, e quindi il giudice del fatto può, senza violare la legge, riconoscere una convenzione tacita, e decidere che questa convenzione risulta dalla natura e dallo scopo dell'associazione. La sentenza soggiunge che è impossibile ammettere che entri nell'intenzione dei contraenti che la morte di uno di essi renda sterile per gli altri tutti i lavori di ricerca e le spese considerevoli ch'essi hanno cagionate (1). Ecco la difficoltà ridotta ai suoi veri termini. Una intenzione tacita, risultante dalla natura della società, basta per derogare all'art. 1865? Abbiamo risposto alla questione trattando dello scioglimento della società (numeri 381 e 392).

La questione è esaurita nel Belgio. Le ultime sentenze non la discutono più. Esse si contentano d'invocare la giurisprudenza o si limitano ad affermare che le società carbonifere sono perpetue, nel senso che non finiscono che per l'esaurimento della miniera (2).

431. La giurisprudenza francese ammette con molta facilità la continuazione della società dopo la morte di uno dei soci, in forza d'una convenzione tacita. Essa ha applicato questo principio alla quistione di sapere se la società carbonifera finisca colla morte di un socio. La Corte di Lione si è pronunciata per la negativa, senza motivare la sua decisione (3). La stessa Corte ha giudicato che lo scioglimento di una società mineraria non poteva farsi per la rinuncia di uno dei soci. Essa invoca la legge del 21 aprile 1810. È presso a poco l'argomentazione della Corte di cassazione del Belgio nella sua sentenza del 1838 (n. 430). Pardessus è del medesimo parere. Egli cita specialmente l'art. 7, secondo il quale una miniera non può essere divisa senza l'autorizzazione del Governo. Ora, è evidente, egli dice, che lo scioglimento della società, domandato da uno solo dei soci, condurrebbe a questo risultato. La Corte di cassazione ha cominciato coll'ammettere tale dottrina, respingendo il ricorso fatto contro la sentenza di Lione (4), ma poi è ritornata sulla sua giurisprudenza.

---

(1) Rigetto, 10 maggio 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 386).
(2) Bruxelles, 29 giugno 1844 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 290), 1.° agosto 1871 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 75).
(3) Lione, 22 luglio 1858 (Dalloz, 1859, 2, 80).
(4) Rigetto, 7 giugno 1830 (*Sirey*, 1830, 1, 250). Pardessus, *Diritto commerciale*, n. 1063.

È certo che la legge del 1810 non conduce alla conseguenza che ne traggono Pardessus e la Corte di Lione. L'art. 7 vieta la divisione delle miniere, vale a dire la vendita per lotti, poichè condurrebbe allo sminuzzamento delle miniere, con grave pericolo dell'esercizio. Ma lo scioglimento domandato da uno dei soci non conduce necessariamente allo sminuzzamento. Infatti, la vendita può farsi per licitazione, in un sol lotto. Ne consegue che la legge del 1810 non si oppone a che uno dei soci domandi lo scioglimento della società. La Corte di cassazione ha giudicato così (1), ed è la dottrina di tutti gli scrittori (2). Tale è pure la nostra opinione. Ma rimangono i motivi di dubbio che hanno trascinato le Corti del Belgio. Noi li abbiamo esposti, e non ci son parsi concludenti. È probabile che gli usi secolari in questa materia abbiano influito sulla decisione delle Corti.

II. — *Della comunione.*

1. — Che cosa è la comunione?

432. Pothier dice che la comunione esistente fra due o più persone, sia d'una universalità di cose, sia di cose particolari, senza che vi sia fra loro un contratto di società, è una specie di quasi-contratto. Egli dà come esempio la comunione di beni d'una eredità devoluta a più eredi, o di cose legate congiuntamente a più legatarii (3). A nostro avviso, non vi hanno altri quasi-contratti che quello ammesso dalla legge, ed essa non chiama quasi-contratti nè il fatto della comunione, nè il fatto di un'eredità devoluta a più eredi, o d'un legato fatto a più legatarii. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni che si formano senza convenzione*, e al titolo delle *Successioni*. A nostro avviso, si possono spiegare i rapporti che intercedono fra comunisti senza considerarli come derivanti da un quasi-contratto. La dottrina che confonde la comunione col quasi-contratto è d'altronde inconciliabile coi fatti. Ciò che caratterizza essenzialmente il quasi-contratto è ch'esso costituisce un semplice fatto, senza che intervenga alcuna convenzione fra le parti obbligate. Ora, la comunione può nascere da un contratto. Più persone acquistano in comune una cosa; dal che può risultare, come diremo più avanti, sia una società, sia una semplice comunione di fatto. Eppure vi ha un contratto, un concorso di

---

(1) Rigetto, 1.° giugno 1859 (DALLOZ, 1859, 1, 244).
(2) PONT, p. 490, n. 739, e le autorità che cita.
(3) POTHIER, *Della società*, n. 181, seguìto dalla maggior parte degli autori moderni (DURANTON, t. XVII, p. 309, n. 320; MOURLON, t. III, p. 348, n. 862. Cfr. PONT, p. 52, n. 75).

consenso, e quindi può esservi comunione in forza d'una convenzione, il che esclude l'idea d'un quasi-contratto (1).

433. Confondendo la comunione col quasi-contratto, Pothier è condotto ad identificare quasi intieramente la comunione e la società. Egli non vi ravvisa che una differenza essenziale, cioè che la comunione risultante da una società è formata dalla volontà e dal consenso delle parti, mentre la comunione che costituisce un quasi contratto si forma senza il consenso e la volontà delle parti. Pothier nota alcune differenze molto secondarie; poi dice che la società e la comunione si confondono fra loro, per tutti gli altri riguardi, e conchiude che la comunione si può chiamare una quasi-società, e i comunisti quasi-soci (2). A nostro avviso, questa teorica è erronea. Lo stesso Pothier non vi resta fedele in quel ch'egli dice del *quasi-contratto di società*. Preferiamo mantenere il linguaggio tradizionale che distingue la *comunione* dalla *società*. Quanto al carattere che la distingue, è scritto nel testo del codice. L'art. 1832, che definisce la società, suppone che due o più persone convengano di mettere qualche cosa *in comunione*. Ecco l'elemento della comunione che si trova nei due fatti giuridici che confrontiamo. Quando la *comunione* diviene una *società?* Non basta ch'essa risulti da una convenzione, come dice Pothier. L'art. 1832 aggiunge una condizione essenziale: bisogna che la cosa sia messa in comunione « al fine di dividere il guadagno che ne potrà risultare ». Ecco il carattere che distingue la comunione dalla società. I soci si uniscono per fare un guadagno, per speculare, per accrescere il loro patrimonio, mentre i comunisti si trovano in comunione senza alcuna idea di lucro. La cosa è evidente quando la comunione è il risultato d'un caso, d'una successione, d'un legato. Così accade ancora quando la comunione esiste in forza d'una convenzione, ma senza alcun scopo di speculazione. In questo caso, la definizione dell'art. 1832 non è applicabile, e quindi non vi ha società (3).

434. Ne risulta una conseguenza importantissima. La legge vede di mal'occhio la comunione, mentre la società è favorita. Ecco perchè la comunione non è obbligatoria che per cinque anni, ma occorre altresì che le parti abbiano convenuto di sospendere la divisione. In mancanza di convenzione, la divisione può sempre essere domandata, nessuno potendo essere costretto a rimanere nell'indivisione. La legge non limita la durata delle società; queste possono essere contratte per tutta la vita dei soci, anzi vi sono società che, secondo la giurisprudenza, sono perpetue (n. 430), così esigendo l'interesse generale. La perpetuità

---

(1) Duvergier, p. 53, n. 40; Troplong, n. 21. Cassazione, 22 novembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 323).
(2) Pothier, *Della società*, n. 182.
(3) Troplong, n. 22. Pont, p. 54, n. 75.

delle società carbonifere attesta l'interesse che la nazione ha alla formazione delle società che sfruttano le ricchezze del suolo. L'interesse è identico, più o meno grande, in ogni società, perchè l'associazione aumenta le forze degli individui, e diviene così uno strumento energico per lo sviluppo delle ricchezze. Ora, la ricchezza è un mezzo di civilizzazione. Le nazioni ricche sono più civili che le nazioni povere. Soltanto bisogna ch'esse si guardino dal fare della ricchezza uno scopo. La ricchezza deve essere subordinata allo sviluppo intellettuale e morale degli individui. La comunione non ha per oggetto di fare un guadagno; anzichè aumentare la ricchezza, essa ne impedisce l'accrescimento. Essa è una comproprietà, e il comunista non mette mai nel miglioramento della cosa lo stesso interesse del proprietario esclusivo. La comunione produce altri inconvenienti. Rimandiamo a quanto si è detto sull'art. 815.

Ne consegue che l'art. 815 non è applicabile alle società. Solo Duranton ha sostenuto l'opinione contraria. È inutile insistere su questo errore. Esso è stato confutato da Duvergier (1). Si stentà a comprendere come un giureconsulto così distinto abbia confuso due fatti giuridici essenzialmente diversi, la comunione e la società, ed abbia applicato ad un contratto che la legge favorisce una disposizione che ha la sua sorgente nell'avversione contro la comunione. Fu giudicato che la convenzione colla quale i comproprietarii d'uno stabilimento di bagni lo danno ad una società in partecipazione può vietare di domandarne la licitazione o la divisione per tredici anni. Si tratta di una società a termine, e non di una comunione (2).

2. — Diritti ed obbligazioni dei comunisti.

435. Pothier dice che i diritti di ciascuno dei *quasi-soci* nelle cose che son loro comuni sono gli stessi che quelli dei *soci* nelle cose di cui si compone la società (3). Ciò è troppo assoluto. È vero che i comunisti sono comproprietarii per indiviso al pari dei soci, ma lo sono in forza d'un fatto giuridico che non è lo stesso; donde risultano necessariamente differenze quanto ai diritti dei comunisti e dei soci. Anche Pothier dice che la comunione crea fra i quasi-soci *presso a poco* le stesse obbligazioni che forma fra i soci il contratto di società. Qui Pothier non è così assoluto. Egli suppone che vi abbiano differenze fra i comunisti e i soci riguardo alle loro obbligazioni. E se le obbligazioni sono diverse, diversi saranno anche i diritti, poichè

---

(1) DURANTON, t. XVII, p. 390, n. 392. In senso contrario. DUVERGIER, p. 504. n. 415, e tutti gli autori.

(2) Rigetto, 5 luglio 1825 (DALLOZ, v. *Société*, n. 1607, 1.°).

(3) POTHIER, *Della società*, n. 185.

la società è un contratto sinallagmatico, di modo che l'obbligazione di uno dei soci è un diritto per l'altro, le obbligazioni ed i diritti essendo reciproci. L'inesattezza di Pothier proviene dall'aver egli confuso, nel suo principio, la comunione e la società, chiamando la prima una *quasi società*. Non vi ha che una analogia fra i comunisti e i soci, il fatto della comproprietà. Questo fatto costituisce l'essenza della comunione. Nella società vi è un elemento di più, lo scopo che i soci hanno in vista mettendo in comunione le cose che costituiscono il fondo sociale. Il loro scopo non consiste unicamente nell'essere comproprietarii: essi si associano al fine di fare un guadagno lavorando e speculando sulle cose comuni. I rapporti fra i soci sono dunque ben diversi da quelli che esistono fra comunisti; donde resultano necessariamente differenze quanto ai loro diritti ed alle loro obbligazioni.

436. I comunisti sono comproprietarii, e come tali hanno gli stessi diritti dei soci, che sono pure comproprietarii. Sotto questo rapporto vi ha analogia. Pothier pone come principio generale « che la comunione d'una cosa dà a ciascuno di coloro ai quali appartiene in comune il diritto di servirsene per gli usi ai quali è, per sua natura, destinata, con questo temperamento però che deve usarne da buon padre di famiglia, e in modo che non rechi alcun danno a coloro coi quali la cosa gli è comune, e non impedisca l'uso che questi pure devono averne » (1). Tale è anche il principio che l'art. 1859, n. 2, stabilisce quanto ai diritti dei soci. Ciascuno dei comproprietarii avendo un diritto eguale sulla cosa comune, ne consegue che l'uno non può disporne a danno dell'altro. L'art. 1859 ne deduce la conseguenza che uno dei soci non può fare innovazioni sul fondo comune se gli altri non vi consentono. Accade lo stesso fra comunisti, l'analogia fra loro e i soci essendo completa finchè non si tratta che della comproprietà (2). Esiste però una differenza considerevole. La comproprietà fra comunisti è un semplice fatto, e questo fatto è contrario all'interesse generale; donde l'art. 815 trae la conseguenza che i comunisti possono metter fine alla loro comproprietà quando vogliono. Infatti, essi non si sono obbligati a restare comproprietarii. I soci, al contrario, hanno assunto l'obbligazione di rimanere in società, per ricavare un guadagno dalla cosa comune e dividerselo. Essi sono dunque comproprietarii il cui diritto è paralizzato durante la società. Non possono domandare la divisione della cosa di cui hanno la comproprietà. Hanno, a dir vero, la facoltà di vendere la loro parte indivisa, ma, siccome il compratore non avrà più diritto di loro, difficilmente lo troveranno.

---

(1) POTHIER, *Della società*, n. 207.

(2) Bruxelles, 15 ottobre 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 291). Liegi, 31 dicembre 1845 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 21). Tolosa, 30 maggio 1828 (DALLOZ, v. *Société*, n. 527).

Questa restrizione al diritto di proprietà che la società importa non è in opposizione coll'interesse generale. Se il socio proprietario è vincolato, la società farà per contro fruttificare la proprietà comune, e ne ricaverà maggior vantaggio di quello che avrebbe potuto fare il proprietario individuale ed esclusivo.

437. I soci hanno obbligazioni come comproprietarii. A termini dell'art. 1859, 3.°, ciascun socio ha diritto di obbligare i consoci a concorrere con esso alle spese necessarie per la conservazione delle cose della società. Accade lo stesso dei comunisti? Pothier risponde che « ciascuno dei quasi soci è obbligato a contribuire, per la parte che ha nella comunione, alle riparazioni da farsi alla cosa comune, a meno che non abbandoni la propria quota » (1). Si vede che, malgrado l'apparente analogia, vi ha una profonda differenza. I soci sono obbligati gli uni verso gli altri, e non possono liberarsi delle loro obbligazioni coll'abbandono che facessero del loro diritto di proprietà. La legge non ammette questo diritto di rinuncia che a favore della moglie in comunione, derogando ai principii generali ed a titolo di speciale favore. Perchè i comunisti possono liberarsi dall'obbligazione di riparare la cosa abbandonando la parte che vi hanno? Perchè essi non sono realmente obbligati, non avendo gli uni contratta alcuna obbligazione verso gli altri. Quello che si chiama l'obbligazione dei comunisti è piuttosto un onere risultante dalla comproprietà, e quindi cessa col cessare della medesima. Ora, nulla impedisce al proprietario di abbandonare il suo diritto.

438. Ove esiste diritto ed obbligazione vi ha eziandio azione giudiziaria per la conservazione del diritto e per l'esecuzione forzata dell'obbligazione. I soci hanno l'azione nascente dal contratto di società. Che devesi dire dei comunisti? L'uno ha azione contro l'altro per costringerlo a contribuire alle riparazioni? Sì, ma soltanto come onere che pesa sulla comproprietà, perchè non esiste alcuna obbligazione; di modo che il comunista, dietro l'azione che gli venisse intentata, potrebbe abbandonare la sua parte nelle cose, e, per conseguenza, l'azione cadrebbe. Non si tratta dunque di una vera azione.

La Corte di Liegi ha giudicato che, se uno dei comunisti rifiuta di consentire ai cambiamenti o innovazioni che l'altro richiede, questi può ricorrere all'autorità giudiziaria per costringervelo (2). La cosa ci pare più che dubbia. Il comproprietario non è obbligato ad innovare. Con qual diritto il giudice ve lo costringerebbe? È necessario il suo consenso perchè l'innovazione possa farsi, e il giudice non può certo consentire per lui. Anche un *socio* non ha azione, per questo titolo, contro i con-

---

(1) POTHIER, *Della società*, n. 192.
(2) Liegi, 21 maggio 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 206).

soci (n. 325). Se le innovazioni portassero un cambiamento al patto sociale, i tribunali sarebbero incompetenti. Essi non potrebbero intervenire se non quando lo scopo della società rendesse le innovazioni necessarie, senza che il contratto di società ne rimanesse alterato.

439. Dal principio che il comunista non contrae alcuna obbligazione verso gli altri comproprietarii segue ch'egli può liberamente disporre della sua parte, con l'effetto che il compratore avrà assolutamente i suoi stessi diritti e ne prenderà il posto. Il codice consacra questo diritto, in materia di successione, pur derogandovi. Il successibile può vendere la sua parte ereditaria, salvo agli altri eredi esercitare il retratto successorio. La cessione è valida, solo che la legge permette di espropriare il cessionario. Accade altrimenti del socio. Questi può, senza dubbio, cedere la sua parte indivisa, ma il cessionario non prende il suo posto, non diviene socio. La ragione della differenza si trova nella diversa natura dei due fatti giuridici. Il socio ha verso gli altri consoci delle obbligazioni dalle quali non può liberarsi. La sua capacità è stata presa in considerazione dai contraenti, e quindi egli non può sostituirvi un terzo contro la volontà degli altri soci. In materia di comunione, al contrario, la fiducia, le qualità personali non hanno alcuna parte. D'ordinario essa esiste senza che vi sia una convenzione fra i comunisti, ed anche quando nasce da un contratto, non ne risulta alcun rapporto d'intimità, di fiducia fra i comunisti. In caso di vendita, è un comproprietario che prende il posto del venditore. Che importa ciò agli altri comunisti dal momento ch'essi non hanno alcun rapporto fra loro? (1).

440. Nel silenzio del contratto, i soci sono mandatarii reciproci. Si presume ch'essi si siano concessa l'un l'altro la facoltà d'amministrare; donde segue, dice l'art. 1859, che l'operato di ciascuno è valido anche per la parte de' consoci, ancorchè non abbia riportato il loro consenso. Questo principio non si applica alla comunione. In generale, nella comunione non vi è nulla da amministrare, poichè essa è uno stato passivo. I comunisti sono soltanto comproprietarii, ciascuno per suo conto e nel suo interesse particolare: non vi sono interessi comuni. I proprietarii sono conservatori. Essi fanno atti di conservazione e di miglioramento, e in questo senso si può dire che amministrano. Questa amministrazione è tutta diversa da quella dei soci. Costoro agiscono come mandatarii e si obbligano reciprocamente amministrando, mentre un comunista non può nulla senza il concorso del suo comproprietario (2).

Due fratelli acquistano in comune un fondo e lo coltivano. Può uno di essi, senza il consenso dell'altro, intraprendere opere di dis-

---

(1) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 849, n. 862, 3.°
(2) PONT, *Della società*, p. 55, n. 77.

sodamento? La Corte di Bruxelles ha giudicato che le regole stabilite dal codice civile, al titolo della *Società*, sono applicabili all'*associazione di fatto* che intercede fra gli acquirenti d'un immobile di cui godono in comune (1). Ciò è troppo assoluto, e il principio è formulato assai male. Che cosa è un'*associazione di fatto?* Una comunione? In questo caso, l'art. 1859 non è applicabile. Una società? Allora perchè aggiungere che è un'*associazione di fatto*, espressione la quale sembra stabilire una differenza fra questa associazione e la vera società? Diremo più avanti come l'acquisto in comune d'una cosa può essere sia una società, sia una comunione. Tutto dipende dall'intenzione delle parti contraenti. Se esse vogliono formare una società, l'art. 1859 sarà applicabile. I comproprietarii, essendo soci, potranno amministrare la cosa comune ed obbligare gli altri consoci. Ma, se non hanno la volontà d'associarsi, saranno in istato di comunione, e conseguentemente l'art. 1859 non sarà applicabile.

Pothier rileva questa differenza e la conseguenza che ne risulta. Egli suppone che uno dei comproprietarii stipuli un contratto con alcuni operai per riparazioni da farsi al fondo comune. Quale sarà l'effetto di questa convenzione? Pothier risponde che solo quello dei *quasi-soci* che ha conchiuso il contratto è obbligato verso i creditori, mentre, se vi fosse società, tutti i soci rimarrebbero obbligati, e gli operai avrebbero azione contro di tutti. Pothier soggiunge che, quando le obbligazioni sono state *utilmente* contratte, il *quasi socio* che paga il debito avrà un regresso contro gli altri *quasi-soci* per farsene indennizzare, in ragione della parte che ciascun d'essi ha nella comunione (2).

Queste ultime espressioni provano che il comunista non ha l'azione di mandato che spetta al socio, ma solo quella di gestione d'affari; il che lo obbliga a provare che l'affare è stato utilmente condotto; e può non avere che l'azione *de in rem verso* se manca una delle condizioni richieste perchè vi sia gestione d'affari, nel qual caso non sarà indennizzato che fino a concorrenza del vantaggio che ha procurato al suo comproprietario.

441. L'art. 1849 dispone: « Quando uno dei soci abbia ricevuto l'intiera sua porzione di un credito comune, ed il debitore diventi poscia insolvibile, dovrà conferire nella massa ciò che ha ricevuto, quantunque avesse rilasciato la quitanza specificamente *a sconto della sua porzione* ». Questa disposizione è applicabile alla comunione? Se fosse vero, come dice Pothier, che i diritti dei *quasi-soci* sono identici a quelli dei *soci*, bisognerebbe rispondere affermativamente. Ma

---

(1) Bordeaux, 11 aprile 1845 (DALLOZ, 1845, 4, 482).
(2) POTHIER, *Della società*, n. 187.

Pothier stesso, inconseguente al suo principio, insegna il contrario: « Se, egli dice, uno degli eredi o legatarii universali dei beni d'una eredità avesse ricevuto da un debitore dell'eredità stessa la sua parte di debito, quantunque, per l'insolvibilità, sopravvenuta poi, del debitore, i suoi coeredi o collegatarii, che non fossero stati al pari di lui vigilanti, non avessero potuto essere pagati dalla loro quota, non sarebbe obbligato a conferire alla massa ciò che ha ricevuto per sua parte, a meno che non fosse stato incaricato dai suoi coeredi o collegatarii di riscuotere i crediti dell'eredità, nel qual caso non potrebbe farsi pagare preferibilmente agli altri ». Pothier soggiunge che in questo i *quasi-soci* sono diversi dai *soci* (1). Egli non dice quale sia la ragione di questa differenza, ma essa dipende precisamente dalla diversa natura della comunione e della società. I soci si obbligano a procurare il bene comune della società, e devono, al bisogno, preferire l'interesse generale al loro interesse particolare. Non così dei comunisti. Essi sono comproprietarii, e ogni proprietario ha i suoi interessi particolari, che cura come crede, senza essere tenuto a vegliare agli interessi del suo comproprietario. Egli non è suo *incaricato*, dice Pothier, vale a dire suo mandatario, egli non ha alcun obbligo verso di lui. Si applica, in questo senso, ai comproprietarii ciò che si dice pei proprietarii. Ciascuno per sè.

442. L'art. 1848 consacra una conseguenza dello stesso principio. Quando uno dei soci sia creditore per suo conto di una somma esigibile verso di una persona che è parimente debitrice alla società di una somma esigibile, deve imputarsi ciò che riceve dal debitore, sul credito della società e sul proprio, ancorchè colla quitanza avesse fatta l'intiera imputazione sopra il suo credito particolare. Ma se avrà dichiarato nella quitanza che l'imputazione sarà fatta intieramente sul credito della società, questa dichiarazione sarà eseguita. Il socio deve vegliare agli interessi comuni come ai suoi proprii, e la legge lo approva quando cura gli interessi della società preferibilmente ai suoi. Tale non è la condizione del comunista. Egli non ha alcun obbligo verso il suo comproprietario, e molto meno ancora dei doveri di delicatezza. L'art. 1848 non è dunque applicabile al comunista. Tutti sono d'accordo su questo punto (2).

443. Dove vi sono interessi comuni occorre una deliberazione comune. Quando si tratta di atti d'amministrazione, la maggioranza dei soci vincola la minoranza. Accade lo stesso in materia di comunione? No; ciascuno dei comunisti ha il suo interesse individuale, per meglio dire, il suo diritto di proprietà, di cui dispone da signore e padrone. Egli solo ha dunque facoltà di consentire, e quindi non può essere questione d'imporgli la vo-

(1) POTHIER, *Della società*, n. 189. DUVERGIER, p. 49, n. 35.
(2) DUVERGIER, p. 51, n. 37. PONT, p. 56, n. 78.

lontà della maggioranza. Se, nell'interesse della comproprietà, occorre che si eseguiscano dei lavori, per esempio dissodamenti o costruzioni, tutti devono consentire. Questo consenso può essere tacito, ma la Corte di cassazione ha torto di parlare d'un consenso presunto. Il consenso non si presume mai. ma può risultare dai fatti. Uno dei comproprietarii innalza una costruzione sul fondo comune, scienti e coscienti gli altri comproprietarii. I fatti e le circostanze della causa possono provare ch'essi hanno consentito. È un consenso tacito, ma non presunto: esso è provato dai fatti compiuti dal proprietario come se la prova risultasse da uno scritto (1).

La Corte di cassazione ha applicato lo stesso principio al caso seguente. Una società commerciale fu risolta senza essere stata definitivamente costituita, non essendosi potuto raccogliere tutto il capitale sociale. Si nominò un liquidatore. Questi fece una promessa di vendita d'un fondo dipendente dall'attivo da liquidarsi per la somma di trentunmila lire. La Corte di Nimes pronunciò la nullità della convenzione per eccesso di potere. Interposto ricorso, intervenne una sentenza di rigetto. La Corte comincia collo stabilire che si tratta, non d'una società, ma d'una comunione di fatto, il che era certo, non avendo la società potuto formarsi definitivamente per mancanza di sottoscrizione del capitale. In questo stato di cose, era necessario il consenso di tutti i comunisti per vendere i beni mobili ed immobili che avevano acquistato, ovvero una facoltà data ad un mandatario da tutti. Ora, accadeva che il liquidatore non aveva ricevuto i suoi poteri da tutti i comunisti, avendo uno di essi, premorto, lasciato figli minori che non erano stati rappresentati all'assemblea generale (2).

444. L'art. 1846 dispone che il socio il quale ritira delle somme dalla cassa sociale è debitore degli interessi dal giorno che le ha esatte per suo particolare vantaggio. Questa disposizione è applicabile ai comunisti? I termini stessi della legge vi ripugnano. Non può parlarsi di ritirare somma da una *cassa sociale,* quando non vi ha società. Può accadere però che vi sia una cassa comune. Il comunista non può, più che il socio, servirsi dei fondi comuni nel suo solo interesse, ma, a differenza del socio, può domandare immediatamente la sua quota dei fondi comuni. Se egli prende dalla cassa comune delle somme che eccedono la sua parte, ne dovrà gli interessi di pieno diritto? Non li deve in forza dell'art. 1846, perchè le disposizioni che fanno decorrere gli interessi di pien diritto sono di stretta interpretazione, siccome deroganti al diritto comune. E poichè non vi ha alcun testo che obblighi il comunista a

(1) Cfr. rigetto, 31 ottobre 1811 (DALLOZ, v. *Société*, n. 514), e gli antichi autori citati nel *Repertorio.*

(2) Rigetto, sezione civile, 13 marzo 1866 (DALLOZ, 1867. 1, 222).

pagare gli interessi, si potrebbe conchiuderne che non vi è tenuto. Però noi crediamo che i comproprietarii hanno il diritto di reclamare gli interessi e i frutti che uno di essi percepisse da una cosa comune. L'art. 1153 deve essere eliminato dalla questione, perchè riguarda le obbligazioni convenzionali. Ora, fra comproprietarii non vi ha alcun vincolo d'obbligazione. Secondo la nostra opinione, la cosa è certa, poichè noi non ammettiamo nemmeno l'esistenza d'un quasi-contratto fra comunisti. La controversia deve dunque essere decisa dai principii che reggono la proprietà. Ora, a termini dell'art. 547, i frutti appartengono al proprietario per diritto di accessione. Per gli identici motivi al proprietario di una somma di denaro devono appartenere gli interessi. Il comunista tenuto a render conto dei frutti che percepisce dalla cosa comune, deve dar conto anche dell'uso che ha fatto della somma di denaro appartenente ai suoi comproprietarii. È questo un danno ch'egli reca loro, ed ha obbligo di ripararlo, perchè il godimento d'una cosa che non ci appartiene è un fatto dannoso, e quindi un quasi-delitto. Si può dunque invocare in appoggio della nostra decisione l'articolo 1382.

3. — Come finisce la comunione.

445. L'art. 1865 dispone che la società finisce collo spirare del tempo per cui fu contratta, coll'estinzione della cosa o col compimento dell'affare, colla morte, l'interdizione o il fallimento di alcuno dei soci, infine colla volontà espressa da uno o più soci di non volere continuare la società. Questa disposizione si applica alla comunione? Pothier, che identifica quasi la società con ciò ch'egli chiama la quasi-società, risponde: « La comunione non può finire che in tre modi: o colla divisione, o colla cessione, o coll'abbandono che uno dei quasi-soci facesse della sua parte all'altro, ovvero coll'estinzione delle cose comuni ». Vi ha dunque, sotto questo rapporto, una differenza considerevole fra la comunione e la società. Vi ha differenza anche fra i modi di scioglimento che Pothier dichiara applicabili ai soci ed ai quasi-soci. La divisione mette fine ad ogni comunione, ma i comunisti possono sempre domandare la divisione, mentre i soci non lo possono che quando la società è sciolta. Pothier pone fra le cause di scioglimento la cessione o l'abbandono che l'uno dei due soci o quasi soci fa della sua parte all'altro. Ciò è vero della comunione, ma non della societa, almeno per l'abbandono. Quando non vi sono che due soci, essi possono senza dubbio metter fine alla società, se l'uno cede la sua parte all'altro. È lo scioglimento per mutuo consenso. Anche un comunista può vendere la propria quota al suo comproprietario, il che mette fine alla comunione. Ma un comunista può anche abban-

donare la cosa comune per sciogliersi dalle sue obbligazioni, per meglio dire, per liberarsi dai pesi della comproprietà. Il socio non ha questo diritto. Al titolo delle *Servitù* abbiamo veduto un esempio di tale abbandono. Rimandiamo a quanto si è detto sull'art. 656.

446. Ne consegue che la comunione non finisce nè per la morte, nè per l'interdizione, nè per il fallimento di uno dei comunisti. La differenza è notevole, e conferma il principio dal quale deriva. Nella società domina l'elemento personale; donde la conseguenza che ogni cambiamento di persone ed ogni modificazione nello stato personale devono importare lo scioglimento della società. Nella comunione è l'elemento reale di comproprietà che domina. Ora, la proprietà è indipendente tanto dalla vita quanto dalla capacità del proprietario. Perpetua, essa si trasmette da un erede all'altro, e non subisce alcuna influenza dal cambiamento di stato del proprietario. Tutto ciò che ne risulta si è che l'esercizio del diritto è subordinato a certe condizioni le quali anzi lasciano il diritto integro. Le considerazioni personali non entrano per nulla nella comunione, mentre la società civile si contrae per la fiducia, e si scioglie quando questa fiducia non può più sussistere.

447. Quando la comunione è risolta, si procede alla divisione del fondo comune, a meno che non finisca per l'estinzione della cosa comune. Anche in questo caso, dice Pothier, le obbligazioni che la comunione avesse create fra i comunisti non cesserebbero di sussistere, fino a che le parti non ne avessero dato conto e non se ne fossero fatta ragione.

Pothier soggiunge che le azioni spettanti ai comunisti contro i loro comproprietarii per giungere alla divisione sono, fra i coeredi, l'azione *familiae erciscundae*, e in tutti gli altri casi di comunione l'azione *communi dividundo*. Queste due azioni, dice Pothier, nei nostri usi non differiscono per nulla l'una dall'altra, ma sono diverse dall'azione *pro socio*. Questa è un'azione personale, poichè nasce dalle obbligazioni del contratto di società. Le altre sono miste; esse partecipano dell'azione reale, in quanto tendono a reclamare, a rivendicare in certo qual modo (è l'espressione di Pothier), e a far determinare la parte che domandano nelle cose comuni, e sono personali, in quanto hanno anche per oggetto le obbligazioni che la comunione crea fra i comunisti. A nostro avviso, è l'elemento reale che domina, e poichè si tratta di una specie di rivendicazione, non può parlarsi di diritti personali (1).

---

(1) POTHIER, *Della società*, nn. 193 e 194. PONT, p. 56, n. 80.

4. — Applicazioni.

448. Vi hanno casi nei quali è dubbio se un fatto giuridico costituisca una comunione od una società; donde decisioni giudiziarie che sembrano contraddittorie, perchè pare che ad un solo e medesimo fatto siano attribuiti ora il nome di società, ora di comunione. Il principio che le distingue è però semplicissimo: esso è scritto nell'art. 1832. Due persone mettono qualche cosa in comunione. Bisogna supporre che vi sia una convenzione fra loro, altrimenti non-vi ha alcun rapporto fra la comunione e la società. La sola convenzione in forza della quale ia cosa è comune fra più persone costituisce una società? No, perchè nella società vi sono due elementi: anzitutto una cosa messa nella comunione, poi lo scopo che i contraenti hanno in vista, quello di dividere il guadagno che potrà risultarne. Quando manca questo secondo elemento, non vi ha società, ma, siccome una cosa è comune a più persone, vi ha comunione. È dunque l'intenzione delle parti che decide se vi ha comunione o società. Ora, l'intenzione delle parti può essere diversa, quantunque il fatto giuridico sembri lo stesso, donde decisioni in apparenza contraddittorie. In diritto non vi ha contraddizione, poichè i giudici non decidono in diritto, ma in fatto.

449. Due persone acquistano in comune un immobile. È stato giudicato che vi era semplice comunione, e abbiamo riportato un'altra sentenza la quale decide che vi ha società. L'acquisto costituisce una semplice comunione, allorchè sia constatato in fatto che gli acquirenti non hanno acquistato il fondo allo scopo di rivenderlo e di dividere il guadagno che potrebbe risultarne, anche quando i comunisti l'abbiano rivenduto con guadagno. La Corte di cassazione ha giudicato così, e la decisione è irreprensibile, poichè si fonda sull'intenzione delle parti, quale risultava dai fatti constatati dal primo giudice, e questa intenzione è l'elemento decisivo della questione (1).

Al contrario, la Corte di cassazione ha giudicato che vi era società nel fatto seguente. Due rigattieri si uniscono e convengono di rendersi in comune aggiudicatarii di diversi lotti messi all'incanto dall'amministrazione della marina. Le parti stesse qualificarono l'operazione come il risultato di un'associazione in partecipazione. È vero, dice la Corte, che la qualifica data dalle parti alle loro convenzioni non basta per determinarne il carattere, e non vincola i tribunali nell'apprezzamento che son chiamati a farne. Ma, lasciando da parte i termini del contratto,

(1) Cassazione, 22 novembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 325). Cfr. Aix, 30 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 117).

è certo che la convenzione d'acquistare in comunione è bastata, secondo l'art. 48 del codice di commercio, per costituire una società in partecipazione, sia che i partecipanti avessero dovuto rivendere pure in comune gli oggetti acquistati, sia che avessero dovuto soltanto dividerli fra loro dopo il fattone acquisto (1). Bisogna sottintendere che i compratori, dopo aver diviso, avessero in vista di rivendere, perchè è l'acquisto per rivendere che costituisce atto di commercio (art. 632), e a termini dell'art. 18 l'associazione in partecipazione suppone un'operazione di commercio.

450. Le unioni illegittime, così numerose nelle grandi città, danno luogo ad una difficoltà. Quando l'unione è legittima, l'associazione delle persone produce una società di beni, chiamata comunione. È inutile dire che il concubinato non ha l'effetto che la legge e la volontà dei futuri coniugi attribuiscono al matrimonio. Ma, di fatto, coloro che vivono in concubinato possono unire i loro interessi, di modo che restano spesso personalmente congiunti per tutta la loro vita. È questa una società od una comunione? Può essere una società di beni se sono adempiute le condizioni che la legge esige. Occorre una quota, occorre che i concubini abbiano l'intenzione di dividere il guadagno che ne potrà risultare (art. 1832), occorre infine provare l'esistenza di queste condizioni. La pretesa di coloro che hanno vissuto in concubinato d'aver costituita una società di beni è sempre caduta davanti la difficoltà della prova. L'art. 1834 esige uno scritto quando il valore dell'oggetto eccede centocinquanta lire, e questa prova non è mai stata data. Se non vi ha società, vi ha almeno comunione di fatto? È certo che i concubini ostentano le parvenze del matrimonio, e che d'ordinario convivono come se fossero maritati. Essi mettono il loro avere in comunione: la moglie possiede una casa, essa concorre talvolta col preteso marito all'esercizio d'uno stabilimento commerciale o industriale. È, in fatto, ciò che la comunione legale è in diritto. Non se ne deve conchiudere che allo scioglimento di questa comunione di fatto per la morte di uno dei comunisti vi ha luogo a liquidare gli interessi comuni, non secondo le regole della comunione legale, ma secondo i principii che reggono la comunione di fatto? Non si può negare che vi sia una comunione di fatto, quindi interessi comuni, quindi diritti. Vi ha anzi più che comunione, un elemento sociale, una collaborazione di due persone, un guadagno fatto in comunione. Perchè si rifiuterebbe agli interessati un'azione per liquidare questi interessi comuni? Vi ha una sentenza in questo senso (2), ma la giurisprudenza si pronuncia in generale per l'opinione contraria.

---

(1) Cassazione, 4 dicembre 1899 (DALLOZ, v. *Société*, n. 122, 2.°).
(2) Rennes, 19 dicembre 1833 (DALLOZ, v. *Société*, n. 307).

Una donna maritata, abbandonata dal marito, si era unita con un operaio armaiolo. Essi si stabilirono in una piccola città, e vi comperarono, con denari presi a prestito, una bottega da caffè che esercitarono in comunione, vivendo come marito e moglie e facendosi passare per tali. La bottega prosperò. Dopo la morte della donna, la figlia ch'essa aveva avuto dal suo matrimonio reclamò, come tale, la metà della bottega e la metà dei guadagni che erano il risultato della gestione comune. Il tribunale di prima istanza accolse la domanda, ma la sentenza fu riformata in appello. La Corte di Parigi dice che non vi era società, per mancanza di prova. Volendo, essa osserva, riconoscere il principio e la prova d'una società nelle relazioni che sono esistite fra i concubini si attribuirebbero loro effetti che appartengono soltanto al matrimonio (1).

Eguale decisione rese la Corte di Bordeaux in un caso analogo. Non vi era, nella specie, industria comune. La donna esercitava la professione di modista, l'uomo quella di doratore. La donna pretendeva di aver versato nella cassa comune i prodotti della propria industria, e reclamava la sua parte nei guadagni. La Corte comincia collo stabilire, e ciò s'intende, che due concubini non possono invocare le relazioni illegittime esistite fra loro per indurne un diritto qualunque; poscia rileva che la società non era provata. Essa respinge ugualmente, per mancanza di prova, il reclamo fondato sul fatto che la moglie aveva versato nella cassa comune i frutti della sua industria (2).

Questa seconda sentenza si pone esclusivamente sul terreno della prova. Si tratta di sapere se la comunione è soggetta alle regole generali che governano la prova. L'affermativa ci pare certa. La comunione fra concubini risulta da un concorso di consenso, e quindi da una convenzione tacita. Questa convenzione deve essere constatata per iscritto, nel senso che la prova testimoniale non è ammessa, avendo le parti interessate potuto e dovuto procurarsi una prova scritta. Rimane un'altra difficoltà. La giurisprudenza invoca l'interesse della morale, ed ha certamente ragione di riprovare il concubinato e di rifiutare alle relazioni illegittime un effetto che la legge non attribuisce che al matrimonio. Però non bisogna esagerare le cose. Quando un uomo maritato contrae, prima dello scioglimento del suo matrimonio, una seconda unione con una donna che conosce l'esistenza del primo matrimonio, vi hanno relazioni adulterine. Agli occhi della morale esse sono colpevoli quanto il concubinato. Agli occhi della legge vi ha una colpa di più, perchè le parti contraenti hanno violato una legge d'ordine pubblico tentando di dare effetti legali ad una unione adulterina. Tut-

(1) Parigi, 19 agosto 1851 (Dalloz, 1854, 2, 81).
(2) Bordeaux, 19 marzo 1868 (Dalloz, 1868, 2, 222).

tavia, se questo matrimonio viene annullato, le parti interessate hanno un'azione per liquidare la comunione di fatto che è esistita fra loro, e la liquidazione ha luogo secondo i principii della comunione di fatto. Ebbene, è questa azione che noi domandiamo per i concubini, e, in massima, non si può loro rifiutarla. La sola difficoltà è dunque quella della prova. Questa difficoltà non esiste nel caso d'un matrimonio adulterino o di ogni altra nullità d'ordine pubblico, perchè l'atto di celebrazione del matrimonio può essere invocato come prova scritta della vita comune e, per conseguenza, della comunione di fatto.

Una recente sentenza della Corte di Parigi ammette anche, e giustamente, che può esistere una vera società fra concubini. In diritto, è cosa evidente, poichè non vi ha alcuna legge che dichiari i concubini incapaci di contrattare e di formare una società. La difficoltà riguarda dunque sempre la prova. Nel caso concreto, un fallito maritato abbandonò la moglie e visse per trent'anni con una concubina sotto il nome della quale riprese il suo commercio che finì per prosperare. La Corte constata che esisteva fra i concubini una società universale di guadagni. Essa invoca le confessioni fatte dalla concubina in un interrogatorio. La Corte attinge in queste confessioni un principio di prova per iscritto ch'essa fortifica con presunzioni. È inutile entrare nel dettaglio dei fatti. Quanto ai principii di diritto sui quali la Corte fonda la sua decisione, essi sono incontestabili (1).

(1) Parigi, 13 giugno 1872 (Dalloz, 1873, 2, 169).

TITOLO XI.

Del prestito (1)

(Titolo X del codice civile)

CAPO I.

Nozioni generali.

451. L'art. 1871 dispone: « Vi hanno due specie di prestito, quello delle cose di cui si può far uso senza distruggerle, e quello delle cose che si consumano coll'uso che se ne fa. La prima specie si chiama *prestito a uso* o *commodato*, la seconda si chiama *prestito di consumo*, o semplicemente *prestito* ». Boutteville, nella sua relazione al Tribunato, formula in questi termini il principio consacrato dall'art. 1874: « Segue dalla natura delle cose che quelle di cui si può far uso senza consumarle nè distruggerle sono le sole che possono formare oggetto del prestito ad uso o commodato, che quelle, al contrario, di cui non si può far uso senza consumarle non possono formare oggetto che del prestito di consumo » (2).

Gli autori del codice hanno desunto questo principio da Pothier. « Tutte le cose, egli dice, che non si consumano coll'uso possono formare oggetto del commodato. È evidente che le cose che si consumano coll'uso non possono essere oggetto di questo contratto, perchè colui al quale la cosa è prestata si obbliga a restituire la cosa stessa *in individuo* dopo che se ne sarà servito, donde risulta che le cose di cui non si può servirsi che consumandole e distruggendole non possono essere oggetto di questo contratto. Per esempio, denaro contante e derrate non possono essere oggetto del con-

(1) Fonti: POTHIER, *Trattati del prestito ad uso e del prestito di consumo*; DUVERGIER, *Trattato del prestito*, 1 vol. in-8.° (Parigi 1843); TROPLONG, *Trattato del prestito*, 1 vol. in-8.° (Parigi 1845); PONT, *Dei piccoli contratti*, t. I.

(2) BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 2 (LOCRÉ, t. VII, p. 279).

tratto di prestito ad uso, ma soltanto del prestito di consumo » (1).

Il principio di Pothier, seguito dagli autori del codice, è stato censurato. Si è rimproverato ad esso di confondere le cose consumabili colle cose fungibili. Non è la natura fisica delle cose che decide se esse possono o meno formare oggetto d'un prestito di consumo, ma la volontà delle parti. Poco importa che una cosa si consumi o non si consumi coll'uso che se ne fa. Se l'intenzione delle parti è che una cosa consumabile formi oggetto d'un prestito ad uso, vi sarà commodato, mentre vi sarà prestito di consumo, se la volontà delle parti è di comprendervi cose che non si consumano coll' uso. Bisogna dunque sostituire alla parola *consumabile* la parola *fungibile*. Una cosa è fungibile o no quando può o non può essere restituita in oggetti della stessa quantità, qualità e valore, ed è la volontà delle parti che decide se la restituzione deve farsi *in individuo* o no. Esse possono dunque convenire che cose consumabili saranno prestate ad uso quando l'uso non consiste che nella mostra. La cosa sarà non fungibile, in questo caso, sebben consumabile. Ma possono anche convenire che cose non consumabili formeranno oggetto d'un prestito di consumo. La cosa sarà fungibile, in questo caso, sebbene non consumabile. Ciò che spiega l'errore di Pothier è che generalmente le cose consumabili sono anche fungibili nell'intenzione delle parti contraenti, e le cose non consumabili sono non fungibili, secondo questa stessa intenzione. I critici conchiudono che val meglio servirsi di termini i quali indicano che tutto dipende dalla volontà delle parti senza considerare le qualità materiali della cosa (2).

È vero, ma si è mosso troppo scalpore circa il preteso errore di Pothier e degli autori del codice. Pothier è un giureconsulto pratico, e gli autori del codice, fortunatamente, non erano teorici. Essi si mettono sempre sul terreno della realtà, trascurando le distinzioni della scuola. Ora, tutti ammettono che le cose consumabili sono quasi sempre fungibili, e che le cose non consumabili sono d'ordinario non fungibili. Dal punto di vista pratico, Pothier e il codice hanno dunque ragione, ed è precisamente per la vita reale, e non per la scuola, che le leggi sono fatte. Ignorava forse Pothier che una cosa consumabile può, a rigore, formare oggetto d'un prestito ad uso, e che una cosa non consumabile può formare l'oggetto d'un prestito di consumo? Egli stesso lo dice a lettere di scatola. Nel numero in cui stabilisce il principio che gli autori del codice

---

(1) POTHIER, *Del prestito ad uso*, nn. 14 e 17.

(2) MARCADÉ seguìto da PONT, *Trattato dei piccoli contratti*. t. I, p. 11, nn. 7-11. Cfr. DUVERGIER, che critica, al contrario, la distinzione delle cose in fungibili e non fungibili (*Del prestito*, p. 19, n. 19).

gli hanno tolto Pothier soggiunge: « Tuttavia le cose che sono per natura consumabili coll'uso possono talvolta formare oggetto del contratto di *prestito ad uso*, quando, cioè, esse sono prestate non per l'uso naturale cui sono destinate, ma soltanto per mostra, *ad ostentationem*, perchè, non conservandosi siffatte cose con questa specie d'uso, nulla impedisce che possano formare oggetto del contratto di *prestito ad uso*. È la divisione delle leggi romane ». La dottrina che si oppone a Pothier è dunque quella di Pothier e dei nostri maestri, i giureconsulti di Roma. Cerchiamo di ispirarci al loro senso pratico, il che val meglio che criticarli.

452. La diversa natura delle cose che formano l'oggetto del comodato e del prestito ha una conseguenza importantissima in quanto riguarda la proprietà e i rischi. Nel comodato, il comodante ritiene la proprietà della cosa imprestata (art. 1877). Nel prestito, il mutuatario diviene padrone della cosa mutuata, la quale, soggiunge l'art. 1893, venendo in qualunque modo a perire, perisce per di lui conto. Non così del comodatario. Questi è debitore d'un determinato corpo, della cosa prestata che deve restituire. Egli deve conservarla colla diligenza d'un buon padre di famiglia (art. 1880). Se adempie questa obbligazione, la perdita fortuita sarà pel comodante, non perchè è rimasto proprietario, ma perchè il debitore ha adempito le sue obbligazioni, e, per conseguenza, la perdita fortuita lo libera (art. 1302). È l'applicazione dei principii che abbiamo stabiliti, al titolo delle *Obbligazioni*, relativamente ai rischi (1).

453. Entrambi i prestiti sono contratti reali, a differenza dei contratti di vendita, di locazione e di società, che sono consensuali. Domat e Pothier lo dicono, e non varrebbe la pena di ripeterlo se la distinzione dei contratti in reali e consensuali non fosse stata censurata da Toullier, e dietro a lui, da Duvergier. Io mi obbligo a vendervi il tal cavallo. La vendita è perfetta col solo concorso del nostro reciproco consenso. Io mi obbligo a prestarvi il tal cavallo; voi accettate la mia promessa. Vi sarà prestito? No. Se vi fosse prestito, voi sareste obbligato a conservare la cosa colle cure d'un buon padre di famiglia (art. 1880). Ora, potete voi essere tenuto a conservare una cosa che non possedete? Se vi fosse prestito, voi sareste obbligato a restituire la cosa prestata. Ora, potete essere tenuto a restituirmi una cosa che non avete ricevuto ed a restituirla a me che la posseggo? È quello che dicono Pothier, Domat e tutti gli autori che reclamano il buon senso (2).

454. La distinzione non è puramente teorica. Se si ammette che non vi sono più contratti reali, che tutti i contratti sono consensuali, si corre rischio di cadere in un errore considerando

(1) DURANTON, t. XVII, p. 558, n. 484. MOURLON, t. III, p. 368, n. 926.
(2) POTHIER, *Del prestito ad uso*, n. 6. Cfr. DUVERGIER, *Del prestito*, p. 29, n. 25.

come un prestito la promessa di prestare accettata da colui al quale è fatta. A termini dell'art. 1589, la promessa di vendita equivale alla vendita. Accade lo stesso della promessa di prestito? No, la promessa di vendita produce tutti gli effetti che la legge attribuisce alla vendita, mentre la promessa di prestito non produce gli effetti del prestito. Nel prestito, contratto unilaterale, una sola delle parti è obbligata, il mutuatario. Chi è obbligato dalla promessa di prestito? Il mutuatario? Ma esso non esiste ancora, e non può essere tenuto nè a conservare la cosa nè a restituirla, poichè non la possiede. Chi dunque è obbligato? Colui che ha fatto la promessa di prestare. In questo senso tutti i contratti sono consensuali. Essi obbligano colui che ha promesso e attribuiscono un diritto a colui che ha stipulato, ma producono effetti diversi, secondochè sono reali o personali.

In che consiste l'obbligazione di colui che promette di prestare? Si è sostenuto che la promessa non era valida in una specie in cui non era constatata per iscritto. Trattavasi di un errore evidente, poichè il concorso di consenso era provato. Quale è l'effetto della promessa? È un'obbligazione di consegnare, e quindi un'obbligazione di fare. Bisogna dunque applicare i principii che reggono l'obbligazione di fare. Colui che si è obbligato a fare può essere costretto ad adempiere la sua promessa, se l'esecuzione forzata è possibile. Ora, la promessa di consegnare può essere eseguita anche contro la volontà del debitore. Così è in materia di vendita e così dev'essere nel caso della promessa di prestito. Il creditore ha dunque un'azione contro il debitore, azione tendente a che il debitore sia costretto, anche colla forza, a consegnargli la cosa prestata. Il caso si è presentato davanti la Corte di Colmar in circostanze tali per cui era interessato al prestito anche il mutuante. Questi rifiutò di mantenere la sua promessa. La Corte lo condannò ad eseguirla. La decisione è giustissima, ma mal formulata. La sentenza dice che si tratta, non d'una obbligazione di fare, che si risolve necessariamente in danni ed interessi, ma d'una obbligazione di consegnare un locale, il che permette d'ordinare tutte le misure coercitive necessarie per l'esecuzione dell'obbligazione. Conseguentemente, la Corte condannò il debitore a consegnare il locale, autorizzando il creditore a procedere con tutti i mezzi consentiti dalla legge (1). Non è esatto dire che ogni obbligazione di fare si risolve necessariamente in danni ed interessi. Rimandiamo, su questo punto, a quanto avvertimmo al titolo delle *Obbligazioni* (v. XVI, numeri 197-201). E così pure non è esatto il dire che l'obbligazione di consegnare non è un'obbligazione di fare. Quello che è vero si è che questa obbligazione può d'ordinario essere eseguita malgrado il debitore, mentre la maggior parte delle obbligazioni di fare esigono l'intervento personale del debitore.

---

(1) Colmar, 8 maggio 1845 (DALLOZ, 1846, 2, 219).

Diciamo *d'ordinario*, perchè può darsi che la cosa che il debitore si è obbligato di prestare non si trovi più in suo potere. Se l'ha alienata, il creditore non ha azione contro il compratore, poichè non possiede che un diritto di credito. In questo caso, la promessa di prestare non potrà essere eseguita formalmente, ma si tradurrà in danni ed interessi.

CAPO II.

Del prestito ad uso o comodato.

SEZIONE I. — Della natura e delle condizioni del prestito ad uso.

455. « Il prestito ad uso o sia comodato è un contratto per cui una delle parti consegna all'altra una cosa perchè se ne serva, coll'obbligo in colui che la riceve di restituirla dopo che se ne sarà servito » (art. 1875). È dunque dell'essenza del prestito che colui al quale la cosa è consegnata la riceva onde valersene per quel dato uso pel quale gli viene prestata. Questo uso è personale al mutuatario, nel senso ch'egli non può cedere il suo diritto ad un terzo. Egli non ha alcun diritto sulla cosa come l'usufruttuario o l'usuario; egli non ha che il diritto di fare un dato uso della cosa, uso che ha determinato le parti a contrattare. Il progetto ammesso dal Consiglio di Stato soggiungeva: « *pei suoi bisogni* », il che indicava la personalità del contratto. Il Tribunato propose di togliere queste parole, perchè dicevano a sovrabbondanza quanto era più che sufficientemente espresso (1).

Però l'art. 1879 dispone che « le obbligazioni che si contraggono in forza del comodato si trasmettono agli eredi del comodante e del comodatario ». È l'applicazione del diritto comune. Noi stipuliamo e promettiamo per noi e per i nostri eredi. L'art. 1122 aggiunge questa restrizione: « A meno che non risulti il contrario dalla natura della convenzione ». Non si dovrebbe porre il prestito fra i contratti personali di loro natura? È certo che i motivi esposti dal relatore e dall'oratore del Tribunato per spiegare il prestito sono tutti personali.

(1) Osservazioni del Tribunato, n. 3 (LOCRÉ, t. VII, p. 273). DUVERGIER, *Del prestito*, p. 12, n. 15.

« Colui, dice Boutteville, che consente ad aiutare un concittadino, un amico, esercita verso di lui un atto di generosità, d'amicizia o di beneficenza ». Ecco senza dubbio dei sentimenti personali. Anche Albisson invoca la benevolenza, la commiserazione, la beneficenza, la fedeltà (1). Non basta. L'oggetto del contratto è quasi sempre personale al mutuatario. I suoi bisogni sono forse quelli dei suoi eredi? Può darsi, ma certo per eccezione. La legge fa, al contrario, dell'eccezione la regola e della regola l'eccezione. L'art. 1879 soggiunge: « Se però l'imprestito è stato fatto in contemplazione del comodatario, ed a lui solo personalmente, i suoi eredi non possono continuare a godere della cosa prestata ». Quale è questa contemplazione del comodatario? È o il vincolo d'amicizia che unisce le parti, o il bisogno personale del comodatario. Questione di fatto la cui soluzione dipende dall'intenzione delle parti contraenti e dalle circostanze della causa.

456. Il prestito è temporaneo. L'art. 1875 dice che colui il quale riceve una cosa ha l'obbligo di restituirla dopo essersene servito. Ma, alla sua volta, il comodante non può ripigliare la cosa data ad imprestito se non trascorso il termine convenuto, ovvero, in mancanza di convenzione, se non dopo che la cosa abbia servito all'uso per cui fu prestata (art. 1888). Non se ne deve conchiudere che il prestito ad uso è un contratto bilaterale, il che renderebbe applicabili gli articoli 1184 e 1325? No, non si può considerare come una obbligazione il diritto d'uso che il comodante dà al comodatario, ma piuttosto una condizione d'esistenza del contratto. Infatti, non vi ha prestito se il comodatario non ha diritto d'usare della cosa. Dare la cosa con una mano perchè uno se ne serva e riprenderla coll'altra non è prestare. Perchè vi sia prestito, bisogna che la cosa sia consegnata al comodatario coll'intenzione che se ne serva. È la consegna fatta a questo scopo che costituisce il contratto. E, una volta costituito il contratto, il comodante non ha più alcuna obbligazione da adempiere in forza del comodato. Soltanto il comodatario è obbligato, e quindi il contratto è unilaterale. Impropriamente dunque il codice parla delle obbligazioni del comodante nella sezione III, intitolata: *Delle obbligazioni del comodante*. Egli non è obbligato che per un fatto accidentale, nei casi previsti dagli articoli 1890 e 1891, ma queste obbligazioni, come diremo più avanti, non nascono dal contratto stesso, e quindi non possono avere per effetto di renderlo bilaterale.

Il principio che il comodatario ha diritto d'usare della cosa pel tempo convenuto espressamente o tacitamente serve a distinguere il comodato dal precario. Per precario s'intende, dice

---

(1) BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 2 (LOCRÉ, t. VII, p. 279). ALBISSON, *Discorsi*, n. 2 (LOCRÉ, t. VII, p. 283).

Pothier, una convenzione colla quale, dietro vostra preghiera, io vi do una cosa perchè abbiate a servirvene finchè io lo permetta, e a condizione di restituirmela a mia richiesta. Si possono vedere in Pothier le differenze che esistevano, in diritto romano, fra il precario e il comodato. In diritto francese, esso è una semplice modificazione del comodato. Il comodante può reclamare la restituzione della cosa, senza nemmeno invocare il bisogno che se ne avesse. Il termine dipende dunque dalla sua sola volontà, mentre, nel comodato, il comodante non può riprendere la cosa che allo spirare del termine convenuto (1).

457. L'art. 1876 aggiunge un carattere che distingue il prestito ad uso. Esso è essenzialmente gratuito. Se colui che accorda l'uso d'una cosa esige una prestazione dall'altra parte, non vi ha più prestito. È un altro contratto: sarà una locazione, se la prestazione consiste in una somma di denaro, ovvero un contratto innominato, quando l'altra parte si obblighi a dare o a fare qualche cosa in cambio dell'uso che riceve (2).

458. Chi può consentire un prestito? Essendo il prestito un contratto, le parti devono avere la capacità di obbligarsi; donde segue che gli incapaci non possono consentire un comodato. È il diritto comune. Nell'applicazione, bisogna distinguere fra il comodante e il comodatario. Grande è la differenza fra le due parti contraenti. L'una si priva del godimento della cosa per darlo al comodatario, mentre questi ottiene un vantaggio puramente gratuito. La condizione delle parti non essendo la stessa, anche la loro capacità deve essere diversa.

Il prestito è una liberalità, ma la liberalità non cade che sull'uso della cosa, e questo uso non è uno smembramento della proprietà, ma un diritto di credito, donde segue che il prestito non è un atto di disposizione. Se ne deve conchiudere che è un atto d'amministrazione? Così si insegna (3), ma noi crediamo che la conseguenza non sia giuridica. L'amministrazione ha luogo nell'interesse di colui che amministra. Ecco perchè la legge permette ad incapaci di fare atti d'amministrazione. Tali sono i minori emancipati e le mogli separate di beni. Il legislatore suppone ch'essi amministreranno bene i loro proprii affari, perchè vi sono interessati. Ora, non si può dire altrettanto del prestito. Come ogni donante, il comandante perde, e perdere non è amministrare. Ora, dal momento che il comodato eccede il potere d'amministrazione, gli incapaci, i quali non hanno che questo potere, non possono consentirlo. A maggior ragione gli amministratori dei beni altrui, quali il tutore, il marito, non possono

---

(1) POTHIER, *Del prestito ad uso*, nn. 87 e 88.
(2) POTHIER, *Del prestito ad uso*, n. 3.
(3) PONT, *Dei piccoli contratti*, t. I, p. 24, n. 54.

dare a prestito le cose mobiliari o immobiliari che appartengono a coloro di cui amministrano i beni. Donare, qualunque sia l'oggetto del dono, non è amministrare (1).

Quanto agli incapaci propriamente detti, i minori non emancipati, gli interdetti, le donne maritate sotto un regime che non sia quello della separazione dei beni, non possono prestare, perchè sono affetti da una incapacità generale di contrattare. Ne consegue che il prestito ch'essi facessero sarebbe nullo. La nullità è relativa, in applicazione dei principii concernenti gli atti compiuti dagli incapaci e la nullità che ne risulta (articolo 1125) (2).

459. Gli incapaci possono prendere a prestito? Col comodato essi ricevono un vantaggio gratuito. Sotto questo rapporto, migliorano la loro posizione, ma, d'altra parte, si obbligano a vegliare alla conservazione della cosa prestata colle cure d'un buon padre di famiglia. Se mancano a questa obbligazione, sono responsabili, e quindi non possono ricevere un prestito. Dovrà dirsi per questo ch'essi debbano restituire la cosa presa a prestito senza averne usato? Soltanto l'incapace può opporre la propria incapacità, e quindi può usare della cosa fino allo spirare del termine convenuto. Sarà tenuto alla perdita per non aver conservato la cosa da buon padre di famiglia? No, perchè non è tenuto come comodatario, e quindi non risponde che del suo dolo in forza dell'art. 1310 (3).

460. Quali cose possono formare oggetto del comodato? L'art. 1878 risponde: « Tutto ciò che è in commercio e che non si consuma con l'uso può essere l'oggetto di questo contratto ». Bisogna che la cosa sia in commercio. È questa l'applicazione del principio stabilito dall'art. 1128: « Soltanto le cose che sono in commercio possono formare oggetto di convenzione ». Rimandiamo a quanto si è detto, su questa regola, al titolo delle *Obbligazioni*. L'art. 1878 esige ancora che la cosa non si consumi coll'uso. Infatti, è dell'essenza del comodato che il comodatario si obblighi a restituire la cosa dopo essersene servito. Ora, quando la cosa è consumabile, egli non può servirsene senza consumarla, il che lo mette nell'impossibilità di restituirla. Ciò risulta anche dall'art. 1877, il quale consacra un altro carattere egualmente essenziale del prestito ad uso: « Il comodante ritiene la proprietà della cosa prestata ». Ora, se la cosa fosse consumabile, il comodatario ne diverrebbe necessariamente proprietario, poichè avrebbe il diritto di consumarla, vale a dire di distruggerla, e il solo proprietario ha

---

(1) Cfr., in senso diverso, DURANTON, t. XVII, p. 576, n. 510. DUVERGIER, *Del prestito*, p. 52, nn. 46 e 47.

(2) DURANTON, t. XVII, p. 575, n. 509. MOURLON, t. III, p. 372, n. 936. DUVERGIER, *Del prestito*, p. 50, n. 45.

(3) DUVERGIER, *Del prestito*, p. 47, nn. 38-40.

questo diritto. Però il principio che il comodato non può avere per oggetto cose consumabili subisce una eccezione, come abbiamo detto più sopra (n. 451). È inutile citare gli esempi dati dagli scrittori, si tratta di esempi ad uso della scuola. Rimandiamo a Pothier (1).

L'art. 1878, tolto da Pothier, è concepito nei termini i più generali. Esso si applica dunque a tutte le cose non consumabili, purchè siano in commercio. D'ordinario sono le cose mobiliari che formano oggetto di questo contratto, ma anche gli immobili possono essere prestati. Pothier lo avverte, e noi ne abbiamo veduto un esempio desunto dalla giurisprudenza (numero 454).

461. Il comodante deve essere proprietario della cosa che dà in prestito? No, le leggi romane dicono e Pothier ripete che, se un ladro presta la cosa rubata, si forma un vero contratto di prestito che obbliga colui al quale è prestata a restituirla al ladro. Fra le parti il prestito produce tutti i suoi effetti. Ben inteso che il proprietario potrebbe rivendicare la cosa contro il comodatario. È questo uno dei casi nei quali la legge ammette la rivendicazione delle cose mobiliari (articolo 2279) (2).

462. Il codice non contiene alcuna disposizione relativa alla prova del prestito ad uso. Nel silenzio della legge si applicano i principii generali quali trovansi stabiliti al titolo delle *Obbligazioni*. Ne risulta che il comodante non può provare il prestito per mezzo di testimoni quando la cosa prestata ha un valore superiore a centocinquanta lire, a meno che non possegga un principio di prova per iscritto, o il prestito non si sia fatto in circostanze in cui non era possibile redigere atti per iscritto (articoli 1341, 1347 e 1348, n. 3). Nell'antico diritto la questione era controversa, benchè non vi fosse il menomo dubbio. Anche Pothier non accenna nemmeno alla controversia. Egli si limita ad applicare al prestito l'ordinanza del 1667 come si applicava, secondo la sua formale disposizione, al deposito.

Tuttavia la Corte di Colmar ha ammesso la prova testimoniale del prestito d'un immobile. Non varrebbe nemmeno la pena di menzionare la sentenza, antichissima, se Troplong non avesse creduto conveniente di prenderne la difesa, mentre tutti gli autori la censurano e la ripudiano. La Corte dice che il legislatore il quale nega la prova per mezzo di testimoni del deposito volontario (art. 1341) non la vieta nel caso del prestito ad uso, senza dubbio perchè ha avuto riguardo alla facilità di affidare qualche cosa ad un amico che ve la domanda come un fatto anzichè come una convenzione. Che persone estranee alla nostra scienza

(1) Pothier, *Del prestito ad uso*, n. 17. Pont, *Dei piccoli contratti*, t. I, p. 18, n. 39.

(2) Pothier, *Del prestito ad uso*, n. 18.

ragionino così, ci si comprende, ancora, ma è ben strano che lo faccia una Corte d'appello! Può esservi prestito senza concorso di consenso? Ed ogni concorso di consenso non è un contratto? Ma a qual pro discutere quando la legge ha parlato? Essa definisce (ci vergogniamo quasi di ricordarlo) il prestito ad uso un contratto (art. 1875). La Corte invoca i sentimenti d'umanità che inducono una persona a fare un prestito ad un amico. Nel caso concreto, si trattava d'una cantina che era stata prestata per mettervi due botti d'acqua-vite in un anno in cui le vendemmie erano state così abbondanti che nessuno, per così dire, aveva potuto riporre in casa sua i vini e le acquavite. Esigere uno scritto, si dice, sarebbe distruggere la fiducia e i migliori sentimenti che debbono unire gli uomini fra loro. Bisogna dunque lasciare al comodante la facoltà di provare il fatto per mezzo di testimonii (1). La nostra risposta è semplice e perentoria: essa è scritta nell'art. 1341. La legge respinge la prova testimoniale per *qualunque cosa*, anche pei depositi volontarii. Essa non ammette dunque quei sentimenti di delicatezza che impediscono di domandare un riconoscimento scritto, delicatezza, d'altronde, molto fuori di posto, poichè la sfiducia non riguarda l'amico al quale si presta la cosa, ma è una misura di prudenza dettata dall'incertezza della vita umana.

Che cosa dice Troplong per difendere questa strana sentenza? Che il comodatario non aveva che una cosa a provare, che, cioè, gli era stata prestata la cantina, o, se si vuole, che ne teneva dal proprietario il possesso precario. Ora, in tal caso, la prova testimoniale era certamente ammissibile. Il possesso d'un immobile è una questione di fatto: è colla prova testimoniale che se ne dimostrano l'esistenza, la durata e i caratteri. Nulla è più costante in giurisprudenza. Troplong finisce col dire che coloro i quali hanno censurata la decisione della Corte di Colmar non hanno fatto attenzione a queste sfumature della sentenza (2). Quello che Troplong chiama una sfumatura della sentenza è puramente e semplicemente una confusione delle nozioni più elementari del diritto, e, bisogna dirlo, l'autore aumenta ancora la confusione che regna nella sentenza. Egli mescola e confonde cose e situazioni che non hanno alcun rapporto fra loro. Senza dubbio, il possesso è un fatto che si prova per mezzo di testimonii, ma quando e in quali circostanze? Quando non esiste alcun vincolo giuridico fra le parti, quando il possessore invoca il possesso per fondarvi la prescrizione contro il proprietario che rivendica. Ora, nel caso concreto, il possessore sosteneva che la cantina gli era stata prestata. Il possesso della cantina non era dunque più un semplice fatto,

---

(1) Colmar, 18 aprile 1806 (DALLOZ, v. *Prêt*, n. 59).
(2) TROPLONG, *Del prestito*, n. 68. Cfr. PONT, t. I, p. 13, n. 30.

si trattava d'una tradizione fatta in seguito ad un contratto, ed era quindi il contratto che bisognava provare. Ciò decide la questione, che veramente non è tale.

Sezione II. — Delle obbligazioni del comodatario.

§ I. — *Dell'uso della cosa.*

N. 1. — Dell'uso legittimo.

463. Il comodato ha per oggetto l'uso della cosa. Il comodante la consegna al comodatario, perchè egli se ne serva. È questo il suo diritto, ma tale diritto va soggetto a restrizioni. A termini dell'art. 1880, il comodatario non può servirsi della cosa che per l'uso determinato dalla natura della medesima o della convenzione. L'art. 1881 aggiunge una seconda restrizione. Il comodatario non può usare la cosa per un tempo più lungo di quello stabilito dal contratto. Diremo più avanti quando il comodatario deve restituire la cosa.

464. Pothier aggiunge un'eccezione alla regola: « A meno che il comodatario non avesse giusto motivo di credere che il comodante vi consentirebbe qualora lo sapesse ». Gli autori del codice, che in questa materia seguono la loro guida passo per passo, non hanno riprodotto l'eccezione, il che significa abbastanza chiaramente ch'essi non hanno voluto consacrarla. E, dal punto di vista dei principii, ebbero certo ragione di respingerla. Non può esservi prestito senza consenso del comodante, il quale deve consentire a tutte le clausole, a tutte le modalità della convenzione. Ora, il modo d'usare della cosa e il tempo pel quale il comodatario può servirsene sono elementi sostanziali del contratto; donde segue che, se il comodante non ha consentito all'uso che il comodatario vuol fare della cosa, il comodatario è carente di diritto, poichè è fuori della convenzione, come manca di diritto quando vuol prolungare l'uso della cosa oltre il tempo pel quale quest'uso gli è stato accordato. Invano Pothier dice che il comodatario deve avere un giusto motivo per credere che il comodante vi consentirebbe se lo sapesse. Sarebbe un consenso presunto. Ora, il consenso non si presume mai. Può bensì essere tacito, ma occorre all'uopo un fatto il quale implichi necessariamente la volontà di consentire. Ora, Pothier non suppone alcun fatto: non vi ha dunque alcun consenso, nè tacito nè espresso, e per conseguenza non vi ha convenzione, e il comodatario è senza diritto.

L'esempio dato da Pothier conferma il nostro modo di vedere: « Se qualcuno mi ha prestato ad Orléans un cavallo per andare a Beaugency, io non posso servirmene per andare più lontano. Ma se, giunto a Beaugency mi è sopravvenuto un affare

il quale mi obbliga ad andare più lontano e *che io non aveva previsto* quando ho preso a prestito il cavallo, e i rapporti d'amicizia col comodante e la conoscenza che ho del suo carattere compiacente mi fanno persuaso ch' egli non mi avrebbe rifiutato il suo cavallo per andare fino al luogo in cui questo affare mi è sopravvenuto, io posso lecitamente servirmene per andare fin là ». Così si tratta di prolungare il prestito primitivo; è una proroga del contratto, il che basta per respingere, in diritto, l'opinione di Pothier. Un contratto non può essere prolungato senza un concorso di volontà. Ora, Pothier non cita alcun fatto dal quale si possa indurre il consenso del comodante; egli non invoca che presunzioni per stabilire, non che il comodante ha consentito, ma che avrebbe consentito se avesse saputo ch'io aveva bisogno del cavallo. È una di quelle decisioni d'equità come se ne trovano tante nei trattati di Pothier, ma che vanno respinte quando sono contrarie ai principii.

Gli autori medesimi sono divisi. Duranton critica l'opinione di Pothier, e così pure Pont (1). Duvergier e Troplong l'approvano, ma Troplong con argomenti poco validi. Il codice, egli dice, è la *sede dell'equità*. Sì, quando ha parlato, ma non quando l'interprete fa dire alla legge ciò che non dice e ciò che i principii condannano. Tale è, si osserva, la decisione di Pomponio. Che mai ci importa? Bisognerebbe provare che Pomponio ha ragione. L'interprete, continua Troplong, può apprezzare l'intenzione delle parti contraenti. Senza dubbio, ma non può supporre in loro un consenso che non hanno dato. Duvergier suppone che nella *comune intenzione* delle parti, il termine fissato, lo scopo indicato dal viaggio non avesse nulla di preciso. In questo caso, il giudice può ammettere che il comodante abbia consentito, perchè è certo ch'egli non avrebbe esitato a dare il suo consenso (2). Non è precisamente l'ipotesi di Pothier. Nell'esempio ch'egli offre non vi era alcun dubbio sull'intenzione delle parti contraenti al momento del contratto. Il termine era fissato, ma sopravvenne al comodatario un nuovo affare, imprevisto; il che esclude ogni consenso tacito, ogni interpretazione di volontà delle parti contraenti.

La questione che divide gli scrittori è importantissima. Se l'uso del comodatario è lecito, egli non risponde dei casi fortuiti, mentre ne risponde se l'uso è illecito. Ritorneremo su questo punto.

465. « Se il comodatario abbia fatto qualche spesa per potersi servire della cosa comodata, non potrà *ripeterla* » (art. 1886). È naturale che il comodante non sia tenuto alle spese che il comodatario deve sostenere per l'uso della cosa. Il prestito

---

(1) DURANTON, t XVII, p. 582, n. 518. PONT, t. I, p. 33, n. 70.
(2) TROPLONG, *Del prestito*, n. 98. DUVERGIER, *Del prestito*, p. 83 e seg., n. 81.

è gratuito: il servizio che il comodante rende al comodatario non deve costituirlo in perdita, obbligandolo a spese le quali non tornano a profitto che del comodatario. Per esempio, dice Pothier, se io vi ho prestato il mio cavallo per fare un viaggio, voi siete obbligato a mantenerlo e a munirlo di ferri a vostre spese, questa spesa ordinaria essendo un onere del godimento che ne avete. Il principio è dunque che il comodatario è tenuto alle spese ordinarie che costituiscono una conseguenza naturale del servizio che il comodatario trae dalla cosa prestata (1). Diremo più avanti che il comodante deve sopportare le spese straordinarie.

N. 2. — Dell'uso illecito.

466. L'uso che il comodatario fa della cosa è illecito quando adopera la cosa per un uso diverso da quello determinato dalla natura o dalla convenzione, o per un tempo più lungo di quello che dovrebbe (articoli 1880 e 1881). Quali conseguenze ne risultano? Esse sono determinate dal codice, e quindi non se ne possono ammettere altre all'infuori di quelle che risultano dal testo della legge. A termini dell'art. 1880, il comodatario non può servirsi della cosa che per l'uso determinato dalla di lei natura o dalla convenzione, sotto pena della rifusione dei danni od interessi, ove del caso. È l'applicazione dei principii generali di diritto. Dal momento che il debitore manca alle sue obbligazioni, deve riparare il danno che il creditore ne risente. La legge dice « *ove siavi luogo* », il che vuol dire se sono adempiute le condizioni richieste purchè i danni e interessi siano dovuti. Bisogna che l'inadempimento delle obbligazioni sia imputabile al debitore, vale a dire che vi sia colpa, e l'inesecuzione deve avere recato un danno al creditore, perchè senza danno non può esservi rifusione di danni ed interessi. Rimandiamo a quanto si è detto sul principio, al titolo delle *Obbligazioni.*

L'art. 1880 non parla, in termini espressi, del caso in cui il comodatario si è servito delle cose per un tempo più lungo di quello che avrebbe dovuto, ma l'art. 1881 che prevede questa ipotesi, la equipara all'impiego della cosa per uso diverso, e dichiara conseguentemente il comodatario responsabile del caso fortuito. Perchè il comodatario è tenuto al caso fortuito? Perchè è in colpa, e dal momento che è in colpa deve i danni e gli interessi, se vi ha luogo.

467. Se il comodatario manca alle sue obbligazioni senza recare un danno al comodante, questi non può reclamare alcun

(1) POTHIER, *Del prestito ad uso*, n. 81.

risarcimento. Ma avrà diritto di domandare la risoluzione del contratto? Si insegna l'affermativa (1). Noi abbiamo deciso la questione in senso contrario, al titolo delle *Obbligazioni*. L'articolo 1184 non stabilisce la condizione risolutiva tacita che nei contratti sinallagmatici. Ora, il prestito è un contratto unilaterale; il che è decisivo. Si invoca l'equità e l'interesse del comodante. Se il comodatario si serve della cosa per un uso diverso da quello al quale era destinata, questo uso non è senza inconvenienti, sebbene non rechi attualmente nessun danno al comodante. Sarà questi obbligato ad aspettare che il male sia compiuto per agire? Rispondiamo che questa considerazione va rivolta al legislatore, che avrebbe dovuto tenerne conto, ma che non l'ha fatto.

468. Nell'antico diritto si ammetteva che il comodatario fosse colpevole di furto quando si serviva della cosa prestata per un uso diverso da quello pel quale l'aveva ricevuto. Era questa la dottrina dei giureconsulti romani. Pothier la segue. « Il comodatario, egli dice, non commette, veramente, un furto della cosa stessa prestatagli, ma bensì dell'uso di questa cosa, perchè il furto può cadere, tanto sull'uso della cosa quanto sulla cosa stessa » (2). Non accade però così nel nostro diritto moderno, perchè il codice penale non conosce il furto dell'uso. Si è preteso esservi abuso di fiducia nel caso che il comodatario vendesse la cosa prestata. Certo vi è abuso di fiducia nel senso morale, ma legalmente no. La Corte di cassazione ha giudicato in tal caso, a sezioni riunite (3). Crediamo inutile entrare nella quistione, poichè il nostro codice penale (art. 491) ha modificato, sotto questo rapporto, il codice penale del 1810 (art. 408), estendendo al prestito la definizione dell'abuso di fiducia che s'applicava soltanto al deposito. La morale deve compiacersi di questa innovazione, perchè il comodatario che riceve un beneficio è ancora più colpevole quando manca alle sue obbligazioni, del depositario, il quale rende un servizio.

469. L'art. 1881 dispone: « Se il comodatario impiega tutta la cosa in un uso diverso o per un tempo più lungo di quello che dovrebbe, sarà responsabile della perdita accaduta, anche per caso fortuito ». Per principio il debitore non risponde del caso fortuito che quando è in mora (1303), e non è in mora che in forza d'una citazione, della convenzione o della legge. Si domanda se, nei casi previsti dall'art. 1881, il comodante deve costituire in mora il comodatario, perchè questi sia responsabile del caso fortuito. Il testo risponde alla domanda: esso non esige alcuna costituzione in mora. Se, per regola generale, la legge vuole che il debitore sia cosituito in mora, è

---

(1) Duvergier, *Del prestito*, p. 69, n. 54.
(2) Pothier, *Del prestito ad uso*, n. 22.
(3) Rigetto, 17 marzo 1841 (Dalloz, v. *Abus de confiance*, n. 38).

perchè il semplice ritardo che il debitore frappone all'adempimento delle sue obbligazioni non prova che ne sia risultato un danno pel creditore. Ora, nei casi previsti dall'art. 1881, non si tratta di ritardo. Il comodatario viola le proprie obbligazioni, ed è in colpa per ciò solo che impiega la cosa in uso diverso. Ciò è tanto vero che nell'antico diritto, questo fatto costituiva un delitto. Se non vi ha più un delitto penale, vi ha almeno un delitto morale, e si può comprendere che debba costituirsi in mora l'autore d'un delitto? Il ladro è di pien diritto in mora, e deve accadere lo stesso del comodatario in colpa. I principii della mora non sono applicabili in questo caso.

470. Duranton dice potersi facilmente ammettere che il comodatario il quale impiega la cosa per un tempo più lungo di quello per cui gli era stata prestata abbia tacitamente consentito ad assumersi i rischi sopravvenuti durante l'uso eccessivo (1). Bisognerebbe dire altrettanto del comodatario che impiega la cosa in un uso diverso (2). A nostro avviso, Duranton eccede il rigore della legge. Essa non dice reputarsi che il comodatario il quale fa un uso abusivo della cosa si assuma i casi fortuiti, ma soltanto che sarà responsabile della perdita accaduta, anche per caso fortuito. Notevole è la differenza fra il principio stabilito dall'art. 1881 e il principio che gli sostituisce Duranton. Secondo la teoria del codice, il comodatario risponde del caso fortuito perchè è in colpa, il che implica nel concetto del legislatore, che il caso fortuito sia stato prodotto dalla colpa; donde segue che se il comodatario prova che il caso fortuito è estraneo alla colpa, non vi ha luogo ad applicare la responsabilità dell' art. 1881. Se al contrario il comodatario si assumesse i casi fortuiti per ciò solo che fa un uso abusivo della cosa, bisognerebbe conchiuderne che risponde sempre del caso fortuito, perchè ne risponderebbe in forza del suo consenso. Siccome si tratta d'una pena, l'interprete non può eccedere il rigore della legge (3).

La questione da noi risolta è controversa. Si tratta di sapere se il comodatario può invocare l'art. 1302 il quale, dopo aver detto che il debitore risponde del caso fortuito quando è in mora, soggiunge: « Quando pure il debitore sia in mora e non abbia assunto sovra sè stesso il pericolo dei casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore in caso che gli fosse stata già consegnata ». Questa disposizione è applicabile al comodatario? Se non per la lettera, certamente pel suo spirito. Abbiamo detto che i principii della mora sono estranei ai casi nei quali, secondo l'art. 1881, il comodatario

(1) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 378, n. 950, dà i motivi pro e contro. Vedi le citazioni in PONT, t. I, p. 38, n. 82.
(2) DURANTON, t. XVII, p. 586, n. 520.
(3) DUVERGIER, *Del prestito*, p. 86 e seg., n. 64.

risponde del caso fortuito. Ciò posto, bisogna conchiuderne che l'art. 1302 va escluso dalla controversia. Dovrà dirsi per questo che il comodatario risponde del caso fortuito quand'anche provasse che la cosa sarebbe perita se non ne avesse fatto un uso illegittimo? Si può invocare in di lui favore il motivo che ha dettato l'eccezione dell'art. 1302. Quantunque costituito in mora, il debitore non reca alcun danno al creditore se prova che la perdita non è accaduta che in conseguenza della mora. Così pure si può dire che il comodatario non reca alcun danno al comodante se prova che la perdita non è avvenuta per propria colpa. A ciò si obbietta che l'art. 1881 è concepito in termini generali i quali escludono ogni restrizione. Rispondiamo che la restrizione risulta dai principii generali di diritto. In qualunque modo si spieghi l'art. 1881, esso stabilisce una sanzione per l'inadempimento delle obbligazioni contratte dal comodatario. Ora sta il principio che il debitore non deve risarcire che il danno avvenuto per sua colpa. S'egli prova che il danno risentito dal creditore non è il risultato della sua colpa, cessa d'essere responsabile. Ora, noi supponiamo che il comodatario dia la prova che la perdita della cosa è estranea all'inesecuzione delle sue obbligazioni, e quindi non deve risponderne. Se l'art. 1302 non decide la questione in favore del comodatario, si può almeno invocarlo per analogia. È questa l'opinione generalmente insegnata (1).

N. 3. — Della custodia della cosa.

471. A termini dell'art. 1880 « il comodatario è tenuto ad invigilare da buon padre di famiglia alla custodia e conservazione della cosa prestata ». E l'art. 1884 reca che « se la cosa si deteriora a cagione unicamente dell'uso per cui fu data a imprestito e senza *colpa* del comodatario, non è questi tenuto per il deterioramento ». Tali disposizioni applicano al comodatario i principii che governano le obbligazioni del debitore. L'art. 1137 stabilisce la regola generale relativamente alla colpa per cui è tenuto il debitore. Egli deve invigilare alla conservazione della cosa con tutte le cure d'un buon padre di famiglia. È quello che, nel linguaggio tradizionale, si chiama la responsabilità della colpa lieve *in abstracto*. L'art. 1880 riproduce la sostanza dell'art. 1137, dicendo che il comodatario deve invigilare, da buon padre di famiglia, alla custodia e conservazione della cosa, e quindi bisogna dire che il comodatario risponde della colpa lieve. Quando non si ha da rimproverargli colpa

---

(1) DURANTON, t. XVII, p. 580, n. 520. DUVERGIER, p. 69, n. 61. TROPLONG, n. 101. MOURLON, t. III, p. 377, n. 949. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. IV, p. 596, nota 2, § 392, e PONT, t. I, p. 35, n. 73.

alcuna, egli non può essere responsabile. Tale è il caso dell'articolo 1884. Il prestito ha per oggetto l'uso della cosa prestata. Servirsi della cosa è dunque un diritto pel comodatario. Se l'uso non può farsi senza deteriorare più o meno la cosa, questo deterioramento non potrebbe rendere responsabile il comodatario perchè, usando della cosa e deteriorandola, egli non ha fatto che esercitare un diritto, senza ledere il diritto del comodante, attesochè tiene dal comodante il diritto che ha esercitato.

L'art. 1880, interpretato coll'art. 1137, deroga al diritto tradizionale. Pothier insegna che il comodatario risponde, non solo della colpa lieve, ma anche della colpa lievissima, nel senso che deve usare nella conservazione della cosa delle cure che impiegano nei loro affari le persone più diligenti. La maggior parte degli autori francesi riproducono la dottrina di Pothier (1), per rispetto, senza dubbio, alla tradizione; ma vi ha qualche cosa di più rispettabile ancora, la legge. Nella specie, il codice ha derogato certissimamente all'antica giurisprudenza. Per convincersene non si ha che a confrontare ciò che dice Pothier col testo della legge. Pothier vuole che il comodatario metta nella conservazione della cosa *tutta la cura possibile*, vale a dire, come egli spiega, la cura che impiegano nei loro affari *le persone più diligenti*, mentre il codice si contenta della diligenza d'un *buon padre di famiglia*. La differenza fra il codice e l'antico diritto dipende da una diversità di dottrina. Pothier dice che la responsabilità del comodatario è una conseguenza del principio che regola la colpa nei contratti che si stipulano nel *solo interesse* di colui che riceve la cosa. In questo caso, egli osserva, il debitore risponde della colpa lievissima. E che dice il codice Napoleone? Che la responsabilità del debitore, per quanto riguarda la conservazione della cosa, è la stessa, *tanto se la convenzione abbia per oggetto l'utilità di una sola delle parti*, quanto se abbia per iscopo la loro utilità comune. E quale è questa responsabilità? Essa obbliga il debitore ad impiegare nella conservazione della cosa tutta la diligenza d'un buon padre di famiglia, cioè lo fa rispondere della colpa lieve (art. 1137). Davvero fa meraviglia che gli autori mantengano il diritto tradizionale, quando il legislatore vi ha formalmente derogato, il che non attesta certo il rispetto che gl'interpreti dovrebbero avere per la legge.

Strano è poi che gli scrittori i quali seguono l'opinione di Pothier non restano fedeli nemmeno alla tradizione; di modo che si allontanano ad un tempo dal codice e dal diritto tradizionale. Duvergier si rimette ai lumi ed alla coscienza del giudice. Secondo lui, la legge si limita a dare dei consigli. Questa non è la dottrina di Pothier, e non è neppure quella del codice. Vera è unicamente

(1) POTHIER, *Del prestito ad uso*, n. 48. DURANTON, t. XVII, p. 586, n. 521. DUVERGIER, *Del prestito*, p. 70, nn. 55 e 56.

una cosa, che l'apprezzamento della colpa spetta al magistrato. Egli decide sovranamente se il comodatario ha usato nella conservazione delle cose la diligenza d'un buon padre di famiglia. Ma ciò non toglie ch'egli sia vincolato dalla legge quanto al principio. Egli non esigerà, come faceva Pothier, che il comodatario metta nella conservazione della cosa le cure delle persone più diligenti, ma si contenterà delle cure d'un buon padre di famiglia.

472. Il comodatario risponde del caso fortuito? La negativa è certa, poichè scritta nel testo della legge (art. 1148); salvo che bisogna applicare al comodatario la regola generale dell'articolo 1302. Egli è debitore di un corpo certo e determinato che ha obbligo di restituire. Se non lo restituisce, non basta che alleghi essere la cosa perita per caso fortuito, ma deve provare questo caso fortuito per dispensarsi dall'adempire la sua obbligazione. Anzi, se il caso fortuito non è una forza maggiore indipendente dalla volontà dell'uomo, se è un accidente che d'ordinario proviene da una colpa, non basterà che il comodatario provi che la cosa prestata è perita, ma dovrà dimostrare che è perita senza sua colpa. Tale è l'incendio. Rimandiamo ai principii che abbiamo esposti al titolo delle *Obbligazioni* e a quello della *Locazione*.

Pothier dice che non vi ha dubbio e che non sussiste nemmeno alcuna controversia al riguardo. La questione non sorge se non quando il prestito ha dato luogo all'accidente al quale, altrimenti, la cosa prestata non sarebbe stata esposta. Voi mi avete prestato il vosto cavallo per fare un viaggio. I ladri mi hanno aggredito, e lo hanno ucciso o rubato. Si domanda se, in tal caso, il comodatario deve indennizzare il comodante di questa perdita, sebbene l'accidente sia avvenuto senza colpa alcuna da parte sua. I giureconsulti romani, e, dietro a loro, Pothier decidono che il comodatario non è responsabile. La ragione è semplicissima, val dire che il debitore d'un corpo certo il quale ha adempito l'obbligazione che gli incombe di conservare la cosa è liberato dal caso fortuito, di cui non deve rispondere, poichè non gli è imputabile. Pothier aggiunge un altro motivo, che viene generalmente ripetuto, cioè che le cose stanno a rischio di coloro ai quali appartengono, e quindi, nella specie, la cosa prestata deve stare a *rischio* del comodante che ne rimane proprietario. Noi abbiamo detto sovente che la massima *res perit domino* non è applicabile quando la cosa che perisce forma oggetto d'una obbligazione. Bisogna vedere allora se chi possiede la cosa risponde o meno della perdita. Vedremo come il comodatario risponda della perdita quando vi ha una colpa da rimproverargli, e quindi non è esatto dire che la cosa perisce pel comodante perchè è proprietario. Nei casi previsti dagli art. 1881-1883 la cosa perisce pel comodatario, sebbene non sia proprietario, non perisce pel comodante, benchè lo sia.

Gli scrittori di diritto naturale hanno combattuto la soluzione delle leggi romane. Non ci addentriamo nella discussione, che è una semplice questione scolastica Vi ha però un'obbiezione alla quale bisogna rispondere, perchè riguarda un principio di diritto. Non è giusto, si dice, che il beneflzio si ritorca contro il benefattore e gli rechi un danno. Se ne conchiude che i rischi ai quali dà luogo il comodato, e che il comodante non avrebbe incontrati qualora non avesse prestato la cosa, devono essere sopportati dal comodatario che riceve un beneficio. Quanto al comodante, egli non deve soffrir nulla dal servizio che rende. Pothier risponde che il servizio reso è stato soltanto l'occasione della perdita che soffre il comodante. Non è il prestito la causa del danno ch'egli prova, ma il caso fortuito. Bisogna dunque vedere se la giustizia permetta di dichiarare il comodatario responsabile del caso fortuito. Ora, tutti i principii protestano contro una simile dottrina. Pothier invoca anche la massima che noi abbiamo esclusa. La cosa prestata, egli dice, non cessando di appartenere al comodante, non cessa di rimanere a suo rischio. È più esatto il dire che, avendo il comodatario adempito alle sue obbligazioni, sarebbe ingiusto renderlo responsabile d'un accidente che non gli è imputabile. Non potrebbe certo essere responsabile senza colpa.

Tale è l'opinione generale (1), e la giurisprudenza si è pronunciata nello stesso senso. Un coltivatore presta ad un altro tre cavalli ed una carretta. Uno dei cavalli muore durante il prestito. Era provato che si trovava effetto dal cimurro, ma il comodante sostenne che il comodatario era responsabile, perchè non aveva invigilato, da buon padre di famiglia, alla conservazione dei cavali. La Corte esamina questi rimproveri dettagliatamente. Non è giustificato, essa dice, che il comodatario abbia impiegato i cavalli in lavori diversi da quelli nei quali erano abitualmente occupati. Che se i cavalli hanno condotto delle pietre sulla strada maestra, non vi ha in ciò nulla di insolito, poichè simili carichi vengono giornalmente trascinati dai cavalli di affittuari. Il lavoro imposto loro non era eccessivo, e il comodatario vi adibì i suoi proprii cavalli non appena li ebbe comprati. Il comodatario nutriva, del resto, i cavalli presi a prestito come nutriva i suoi. Si diceva, a favore del comodante, che il comodatario aveva lasciato i cavalli a dormire nei campi. La Corte risponde ch'era avvenuto altrettanto dei cavalli appartenenti al comodatario, e che gli abitanti della campagna usano fare così durante la bella stagione. Veramente i cavalli presi a prestito avevano continuato a dormirvi anche durante i tempi freddi. Questo fatto era il solo che, in apparenza, costituisse una colpa. La Corte risponde che il comodatario era scusabile di non aver messo i cavalli nella sua

(1) POTHIER, *Del prestito ad uso*, n. 55. DURANTON, t. XVII, p. 584, n. 519, e tutti gli autori (vedi le citazioni in PONT, t. I, p. 81, n. 68).

scuderia, perchè si sospettava che fossero affetti dal cimurro. Gli albergatori avevano rifiutato di riceverli per timore del contagio. Non era dunque una negligenza che si potesse imputare al comodatario come una colpa (1).

473. La Corte di Rennes, nel caso che abbiamo riportato, esamina accuratamente se vi sia una colpa da rimproverare al comodatario nel caso in cui la cosa venga a perire. Ecco il vero terreno della questione. Se il codice dichiara il comodatario responsabile della perdita della cosa, è perchè egli si trova in colpa. Abbiamo detto più sopra che il comodatario è in colpa quando fa un uso illegittimo della cosa (n. 469 e 470), e così pure quando gli si può rimproverare di non aver invigilato alla conservazione della cosa colla diligenza di un buon padre di famiglia. È in questi termini che Pothier pone il principio: «Il comodatario è obbligato per la perdita o pel deterioramento della cosa, quantunque avvenuti per un accidente di forza maggiore, quando egli abbia, colla sua colpa, dato occasione a questo accidente». L'art. 1882 prevede due casi nei quali il comodatario è dichiarato in colpa dalla legge.

La cosa prestata perisce per un caso fortuito a cui il comodatario l'avrebbe potuta sottrarre surrogando la propria. Egli è responsabile, in questo caso, per la perdita fortuita. Perchè vi sia luogo a questa responsabilità, bisogna che il comodatario possegga una cosa della quale poteva servirsi, e ciò non ostante ne abbia presa un'altra a prestito. Se entrambe le cose gli erano necessarie, due cavalli per esempio, non è responsabile quando adopera quella che gli è stata prestata; ma se abbia adoperato soltanto uno dei cavalli, e si sia servito del cavallo preso a prestito, invece di adoperare il suo, è colpevole di colpa grave. Trattasi, veramente, di un uso illegittimo, perchè si prende a prestito per i propri bisogni, come diceva il progetto di codice, il che suppone che il comodatario non abbia nulla che gli appartenga di cui si possa servire. Se ha una cosa atta a servire, e si vale invece della cosa prestata, abusa del prestito, espone la cosa, senza diritto, al rischio che l'ha fatta perire, e quindi deve rispondere della perdita (2).

474. «Se il comodatario, non potendo salvare che una soltanto delle due cose, quella che ha preso a prestito e quella che gli appartiene, ha preferita la propria, è responsabile per la perdita dell'altra» (art. 1882). Si suppone che entrambe le cose corrano rischio di perire in un accidente, come un incendio, una inondazione. Il comodatario che non può salvare tutte e due le cose, salva la sua e lascia perire quella prestata. La legge considera una tal preferenza come una colpa. Quale ne è la ragione? Pothier dice, e la maggior parte degli autori ripetono, che è una conseguenza della colpa di cui il comodatario

---

(1) Rennes, 3 dicembre 1813 (DALLOZ, v. *Prêt*, n. 94).
(2) Cfr. POTHIER, *Del prestito ad uso*, n. 59. PONT, t. I, p. 41, n. 93.

è responsabile. Egli si è obbligato alla cura più diligente delle cose che gli vennero prestate, dice Pothier; egli è tenuto della colpa più lieve, dice Duranton (1). Questa spiegazione è inammissibile sotto l'impero del codice civile, perchè mette l'art. 1882 in contraddizione coll'art. 1886. La legge dispone ben chiaramente, nell'art. 1880, che il comodatario non risponde che della colpa lieve. Come si potrebbe renderlo responsabile della colpa lievissima nell'art. 1882? Duvergier ha compreso che la spiegazione è insufficiente. Egli dice, con Barbeyrac, che la disposizione è contraria ai principii. «Se la cura del nostro proprio bene o dei nostri affari si trova in concorrenza colla cura del bene o degli affari altrui per modo che non si possa attendere all'uno e all'altro insieme, è naturale che il primo prevalga, potendo ciascuno, *a parità di condizioni*, pensare a sè anzichè agli altri». *A parità di condizioni*, senza dubbio; ma si trova forse in questo caso il comodatario che lascia perire la cosa prestata e salva la sua? Non ha egli un dovere di riconoscenza da compiere verso chi gli ha reso un servizio gratuito? Il più semplice sentimento di delicatezza non deve indurlo a preferire la cosa prestata alla propria? La sua qualità di comodatario restringe il diritto ch'egli ha come proprietario: egli deve pensare al beneficio ricevuto prima di pensare al suo interesse. Se preferisce questo, commette una colpa, non agisce come deve, trattandosi di un beneficio, cioè come un buon padre di famiglia, presa questa espressione nel suo senso morale. Si dirà trattarsi di una colpa lievissima? Dal punto di vista della delicatezza è, al contrario, una colpa grave, e, nella specie, il legislatore ha dovuto tener conto anche della delicatezza (2). Rimane una difficoltà. Pothier suppone che le cose che appartenevano al comodatario fossero più preziose di quelle che gli sono state prestate. Sarà egli tuttavia responsabile se salva di preferenza quelle che hanno maggior valore? Pothier mantiene la responsabilità in applicazione del principio che il proprietario è tenuto ad usare nella conservazione della cosa tutta la cura possibile; egli non è liberato che dal caso fortuito. Ora, vi ha forza maggiore quando il comodatario avrebbe potuto salvare la cosa prestata e non l'ha fatto? Questa decisione ci pare dubbia, secondo i principii del diritto moderno. Il codice non conosce la colpa lievissima; esso non esige dal comodatario che la diligenza d'un buon padre di famiglia. S'interpreta già molto severamente la legge comprendendo in questa diligenza anche i doveri della delicatezza. Non è un'esagerazione rendere il comodatario responsabile quando salva una cosa preziosa che gli appartiene preferibilmente alla cosa prestata che ha minor valore? Senza dubbio si ammirerebbe questo sacrifizio; ma il sacrifizio stesso non prova che si è fuori del diritto co-

(1) POTHIER, *Del prestito ad uso*, n. 56. DURANTON, t. XVII, p. 590, n. 526. DUVERGIER, *Del prestito*, p. 94.
(2) TROPLONG tratta questa questione eccellentemente (nn. 113-116).

mune? Se in questa materia si deve tener conto del sentimento non bisogna però dimenticare che la decisione del giudice deve essere appoggiata al diritto. Ora, il nostro diritto non esige dal debitore la diligenza d'un padre di famiglia ideale; esso non gli domanda che le cure d'un buon padre di famiglia. Qui la distinzione delle colpe ha un interesse particolare. La colpa di cui si pretende rendere responsabile il comodatario sarebbe una colpa lievissima, e la legge non lo dichiara responsabile che della colpa lieve (1).

475. «Se la cosa è stata stimata al tempo del prestito, la perdita, ancorchè ascrivibile a caso fortuito, sta a carico del comodatario, qualora non vi sia convenzione in contrario» (art. 1883). Si dice ordinariamente che la stima equivale alla vendita, e nella vendita i rischi colpiscono il compratore, L'art. 1883 prova, ciò che del resto è insegnato dai principii, che la massima la quale assimila la stima alla vendita, presa in senso assoluto, è falsa. È evidente che la stima data alla cosa prestata non può essere una vendita e trasferire la proprietà al comodatario, poichè è dell'essenza del prestito ad uso che il comodante resti proprietario della cosa prestata (art. 1877). La stima ha dunque un altro significato. Essa può avere lo scopo di valutare i danni ed interessi a cui il comodatario è tenuto nel caso in cui la cosa perisse per sua colpa, e può anche avere per oggetto di rendere il comodatario responsabile del caso fortuito. Gli autori del codice hanno preferito quest'ultima interpretazione, salvo convenzione contraria. È l'interpretazione delle leggi romane, ma ne pare un po' sottile. Se il comodante, si dice, consegna la cosa al comodatario in base a stima, è perchè intende che il comodatario sia obbligato. in ogni caso, a restituire o la cosa prestata o il prezzo; di modo che nei casi in cui il comodatario non potesse restituire la cosa perchè perita o perduta per caso fortuito, egli sarebbe tenuto a restituire la somma che fu all'uopo stimata (2). È questa una interpretazione giuridica, e le parti contraenti non sono giureconsulti.

476. «Se più persone hanno unitamente presa ad imprestito la stessa cosa, ne sono solidariamente responsabili verso il comodante» (art. 1887). E ancora la decisione delle leggi romane adottata da Pothier e consacrata dal codice. Ulpiano suppone il prestito d'una vettura fatto a due persone perchè serva loro a fare un viaggio insieme. Il giureconsulto decide che il comodante ha un'azione solidale contro ciascuno dei comodatarii, perchè, sebbene ciascuno di essi non abbia occupato che il suo posto nella vettura, e non si sia servito della vettura che per la sua parte, non è men vero che il comodante ha inteso prestare la propria vet-

---

(1) DURANTON, t. XVII, p. 591, n. 527. DUVERGIER, p. 97, n. 68. In senso contrario, TROPLONG, n. 117. PONT, t. I, p. 42, n. 95.
(2) POTHIER, *Del prestito ad uso*, n. 62, secondo ULPIANO.

tura intiera a ciascuno dei comodatarii, e per conseguenza ciascuno è tenuto alla restituzione della vettura (1). Questa responsabilità solidale produce gli effetti della solidarietà ordinaria? Rimandiamo la questione al titolo delle *Obbligazioni*, ove fu già trattata (v. XVII, n. 313-317).

N. 4. — Della restituzione della cosa prestata.

477. L'art. 1875, che definisce il prestito ad uso, dispone che il comodatario deve restituire la cosa dopo essersene servito. Quando dev'essere fatta la restituzione? L'art. 1888 risponde che il comodante non può ripigliare la cosa data ad imprestito, se non trascorso il termine convenuto, ovvero, in mancanza di convenzione, dopo che la cosa ha servito all'uso per cui fu imprestata.

Il termine mette fine al contratto di pien diritto in forza della volontà delle parti contraenti. Pothier aggiunge un temperamento di equità. Se, egli dice, spirato il termine, il comodatario avesse bisogno ancora di qualche giorno per ultimare l'uso pel quale la cosa gli è stata prestata, e il comodante non soffrisse alcun danno dal ritardo, costui dovrebbe lasciargli la cosa. Egli soggiunge che anche quando il comodante patisse qualche danno dal ritardo, se quello che soffrirebbe il comodatario restituendo incontanente la cosa prestata fosse molto più grande, si dovrebbe ancora lasciargli la cosa, coll'obbligo in lui di risarcire il comodante del danno che soffre del ritardo. I doveri d'amicizia, dice Pothier, che hanno indotto il comodante a fare il prestito esigono da lui questa condiscendenza. Siffatti temperamenti, si osserva, rientrano troppo evidentemente nello spirito del contratto, che è fondato sulla benevolenza, perchè non debbano essere ammessi anche oggidì (2). Senza dubbio, la equità deve presiedere all'interpretazione d'un contratto che ha per principio l'umanità. Ma l'equità non deve far dimenticare il diritto, e quando l'equità si trova in opposizione col diritto è questo che deve prevalere. Tale è appunto il caso nell'ipotesi di Pothier. Il prestito spira di pien diritto col termine, e quindi non vi ha più alcuna convenzione fra le parti. Con qual diritto il giudice imporrebbe al comodante l'obbligazione di rinnovare il prestito poichè è precisamente d'una proroga del prestito che si tratta? Vi ha di più. Pothier obbliga il comodatario a risarcire il comodante del danno che gli cagiona il prolungamento del prestino oltre il suo termine. Ma non si tratta più di un prestito, perchè il co-

---

(1) Pothier, *Del prestito ad uso*, n. 65.
(2) Pothier, *Del prestito ad uso*, n. 28. Mourlon, t. III, p. 375, nn. 941 e 946. Pont, t. I, p. 50, n. 111. Duvergier, p. 131, n. 95.

modatario paga realmente l'uso della cosa, mentre il comodato è essenzialmente gratuito (art. 1876). Domandiamo con qual diritto i giudici creerebbero un contratto tutto diverso fra le parti, contro la volontà del comodante, come bisogna appunto supporre. Può esservi una convenzione senza consenso? E il giudice può consentire per le parti?

478. Se la convenzione non stipula alcun termine, vi ha un termine tacito. La cosa è stata consegnata al comodatario perchè se ne serva, e l'uso esige un certo tempo. Quale è questo tempo? Il codice dice che il comodante non può reclamare la cosa se non dopo che ha servito all'uso pel quale è stata prestata. Pothier è più esatto. Egli dice: « il tempo *necessario* all'uso pel quale la cosa è stata prestata » (1). Il comodatario riceve la cosa pel bisogno che ne ha, e quindi deve usarne subito, affine di conciliare il suo diritto con quello del comodante. Se fra le parti vi ha conflitto riguardo al tempo necessario, il giudice fisserà un termine. Il giudice è chiamato ad intervenire anche quando l'uso non è limitato dalla sua natura. Una cantina, una rimessa, una camera sono suscettibili d'un uso illimitato, ma non vi ha dubbio che, nell'intenzione delle parti, l'uso deve avere un limite. Il giudice lo determinerà. Nel caso deciso dalla Corte di Colmar, che noi abbiamo riferito (n. 454), il comodante aveva promesso di consegnare un locale, senza determinare la durata dell'uso. La Corte ha giudicato ch'era impossibile ammettere che l'obbligazione fosse indefinita, nè che fosse subordinata alla volontà del comodatario. Era dunque necessario limitare la durata del prestito, avuto riguardo all'intenzione delle parti ed alla natura dell'obbligazione. La Corte fissò la durata della convenzione a due anni (2).

479. « Nondimeno, se, durante il detto termine. o prima che sia cessato il bisogno del comodatario, sopravviene al comodante un'urgente impreveduta necessità di valersi della cosa, può il giudice, secondo le circostanze, obbligare il comodatario a restituirla » (art. 1889). È necessario che il bisogno del comodante sia impreveduto. Se potesse prevederlo al momento del contratto, dovrebbe farne oggetto d'una espressa stipulazione. Tacendo, egli rinuncia al diritto eccezionale che gli accorda l'art. 1889. È necessario, in secondo luogo, che il bisogno sia urgente, vale a dire che non possa essere procrastinato. Quando il bisogno è urgente? È una questione di fatto che il giudice deciderà. Anche quando il bisogno fosse impreveduto e urgente, il giudice non sarebbe obbligato ad ordinare la restituzione. La legge gli dà un potere discrezionale. Egli può, *secondo le circostanze*, obbligare il comodatario a restituire la cosa. Ciò implica che il giudice deve prendere in conside-

(1) POTHIER, *Del prestito ad uso*, n. 24.
(2) Colmar, 8 maggio 1845 (DALLOZ, 1846, 2, 219).

razione anche il diritto del comodatario. La disposizione dell'art. 1889 deroga al suo diritto. Ogni convenzione *tien luogo* di legge alle parti ed al giudice; occorre il concorso di volontà per risolvere i contratti (art. 1134). Secondo questo principio, che è fondamentale, il comodatario avrebbe diritto di tenere la cosa fino allo spirare del termine espresso o tacito, pel quale gli è stata prestata. La legge non dà al comodante il diritto di rompere il contratto, ma gli permette solo di domandare che la cosa gli sia restituita. È il giudice che decide tenendo conto del diritto del comodatario e degli interessi del comodante.

Il diritto sta evidentemente dalla parte del comodatario. È detto nell'*Esposizione dei motivi* che la legge presume, quando sopravviene al comodante un'urgente ed impreveduta necessità, la *condizione tacita* di poter sciogliere il comodato e di domandare che la cosa gli sia restituita (1). Ciò non è perfettamente esatto. Se la legge sottintendesse una condizione risolutiva, il comodante avrebbe diritto d'esigere la restituzione, e il giudice dovrebbe pronunciarla quando realmente la necessità del comodante fosse urgente e impreveduta. Ma l'art. 1889 non si esprime così: esso non parla d'un diritto del comodatario, e conferisce al giudice un potere discretivo. Anche sotto questo rapporto la legge è eccezionale. Lo stesso oratore del Governo ricorda il celebre aforisma di Bacone: *Optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis.* È, in sostanza, una disposizione equitativa, e la sua stessa equità è contestabile. La legge permette al donante di ritornare sulla sua donazione se prova un bisogno impreveduto e urgente della cosa donata? Essa non l'autorizza nemmeno a domandare la revoca della donazione quando cade in miseria. Perchè accade altrimenti in materia di prestito, che costituisce pure una liberalità? (2).

480. Il comodatario gode del diritto di ritenzione, ossia può ritenere la cosa se il comodante è suo debitore, per ragione del prestito, per esempio, per spese straordinarie che avesse fatte? Il codice non si esprime in modo positivo su questo punto. Esso dice che « il comodatario non può ritenere la cosa prestata in *compensazione* di ciò che il comodante gli deve » (art. 1885). Se la legge intende parlare della compensazione propriamente detta, la disposizione è inutile, perchè l'art. 1292 aveva già detto che la compensazione non ha luogo nel caso della domanda per la restituzione del comodato. L'art. 1885 intende parlare del diritto di ritenzione? (3). Allora la parola *compensazione* non è esatta. Bisogna dunque lasciar da

(1) GALLI, *Esposizione dei motivi*, n. 6 (LOCRÉ, t. VII, p. 276), seguito da PONT, t. I, p. 53, nn. 117 e 118. Cfr. POTHIER, *Prestito ad uso*, n. 25.
(2) DURANTON, t. XVII, p. 602, n. 545.
(3) È l'opinione di PONT, t. I, p. 45, n. 101.

parte il testo per decidere la questione secondo i principii. A nostro avviso, il comodatario non ha il diritto di ritenzione, perchè la legge non glielo accorda. Quando essa vuole concedere questo diritto, ha cura di dichiararlo. Così, secondo l'art. 1948, « il depositario può trattenere il deposito sino all'intiero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito stesso ». Dal silenzio del codice si può indurre, al titolo del *Prestito*, che il legislatore non ha avuto l'intenzione d'accordare al comodatario il diritto che dà al depositario. È vero che il silenzio della legge è, in generale, un cattivo argomento, ma è però decisivo quando si tratta d'una materia eccezionale. Ora, il diritto di ritenzione è un diritto eccezionale, almeno in materia di contratti unilaterali. Ritorneremo su questo punto al titolo dei *Privilegi*. Del resto la differenza che ne risulta fra il comodatario e il depositario si spiega benissimo. L'uno riceve un servizio, mentre l'altro lo rende. La condizione del depositario è quindi più favorevole che quella del comodatario. Osserviamo ancora che il comodatario non potrebbe reclamare il diritto di ritenzione se non in forza del credito ch'egli ha contro il comodante per aver conservata la cosa. Ora la legge ha invigilato ai suoi interessi accordandogli un privilegio per garantirlo del suo credito. Ritorneremo sull'argomento al titolo delle *Ipoteche* (art. 2102, n. 4, e legge ip., art. 20, 4.°). Il depositario gode della medesima garanzia quando ha fatto spese di conservazione, ma i suoi diritti sono più estesi, come diremo al titolo del *Deposito*, ed egli merita maggior favore. Il privilegio non basterebbe dunque per assicurare i suoi diritti. Ecco perchè la legge gli accorda la ritenzione che il testo non concede al comodatario (1).

SEZIONE III. — Delle obbligazioni del comodante.

481. Il comodante ha delle obbligazioni? La quistione, assai controversa riguardo al prestito di consumo, non lo è per il prestito ad uso. Noi vi abbiamo già risposto (n. 456). Il comodato è un contratto unilaterale. Però il codice contiene una sezione intitolata « *Delle obbligazioni del comodato* ». Ma le obbligazioni di cui è parola o non sono obbligazioni propriamente dette, o sono obbligazioni che non nascono dal comodato. Così l'art. 1888 dispone che il comodante non può ripigliare la cosa data ad imprestito se non trascorso il termine espressamente o tacitamente convenuto. Come già abbiamo osservato, non è questa un'obbligazione del comodante (n. 456). La cosa è tanto vera che l'ordine logico delle idee ci ha condotti a

(1) Vedi, in senso diverso, PONT, t. I, p. 46, n. 103, e gli autori che cita.

trattarne nella sezione intitolata *Delle obbligazioni del comodatario.* A dire il vero, la sola obbligazione che nasca dal comodato è quella di restituire la cosa prestata, e quindi non vi è che il comodatario il quale sia obbligato.

482. « Se durante l'imprestito il comodatario è stato obbligato, per conservare la cosa, ad incontrare qualche spesa straordinaria, di necessità, ed urgente in modo da non poterne prevenire il comodante, costui sarà tenuto a farne il rimborso » (art. 1890). È questa un'obbligazione che nasce dal comodato? No, poichè non è che durante il corso del prestito che il comodatario si trova nella necessità di fare spese di conservazione. Ne risulta che il contratto diviene, accidentalmente, un contratto sinallagmatico imperfetto. Cattiva denominazione, poichè fa supporre che si formi un contratto bilaterale, il che non è, perchè l'obbligazione del comodante non nasce dal contratto. Rimandiamo a quanto si è detto al titolo delle *Obbligazioni.*

Quando il comodante è tenuto per le spese fatte dal comodatario? Bisogna anzitutto ch'esse siano necessarie. La legge spiega che cosa s'intenda per spese necessarie. Sono le spese che il comodatario è costretto a fare per la conservazione della cosa. Egli vi è obbligato, nel senso che è tenuto ad invigilare da buon padre di famiglia alla conservazione della cosa prestata (art. 1880). Ora, un buon padre di famiglia non lascia perire le cose che gli appartengono, ma fa le spese necessarie per la loro conservazione, e quindi anche il comodatario è obbligato a farle. Tuttavia non basta che la conservazione della cosa esiga una spesa perchè il comodatario abbia diritto di farla per conto del comodante. Quando occorre una spesa necessaria, deve avvertirne il proprietario. È il padrone che deciderà se la spesa dovrà farsi. Potrebbe accadere, infatti, ch'egli non volesse sostenere questa spesa, perchè più forte per lui dell'utilità che ne ritrarrebbe, e il comodatario non può imporre al comodante sacrifizii che questi non vuol fare. Non vi ha eccezione se non quando la spesa sia tanto urgente che il comodatario non abbia avuto il tempo di prevenire il comodante. In questo caso, il comodatario è obbligato ad agire egli stesso, a meno di lasciar perire la cosa. Ora egli non ha facoltà di lasciarla perire: il proprietario solo ha questo diritto. Quando vi ha urgenza? È una questione di fatto che il giudice deciderà secondo le circostanze della causa. Spetta al comodatario che è attore darne la prova.

483. L'art. 1891 impone al comodante l'obbligo della garanzia pei difetti occulti della cosa. Esso è così concepito: « Quando la cosa comodata sia tanto difettosa che possa recar pregiudizio a colui che se ne serve, il comodante è tenuto per il danno, se conoscendone i difetti non ne ha avvertito il comodatario ». È questa un'obbligazione nascente dal contratto di comodato? Il comodante conosce i vizi della cosa e sa che questi vizii potranno recare un danno al comodatario. Se non lo avverte, si

rende colpevole di dolo. Ora, ciascuno risponde delle conseguenze del proprio dolo, anche quando fosse incapace di obbligarsi. Così il minore non emancipato può domandare la rescissione delle contratte obbligazioni, se è stato leso, ma non può essere restituito contro il suo dolo (art. 1310). Non si può dire che l'obbligazione nascente dal dolo sia un'obbligazione che il comodante contrae col comodato, altrimenti tutti i contratti unilaterali diverrebbero contratti bilaterali, e non vi sarebbero più contratti unilaterali.

Quando è tenuto il comodante alla garanzia pei vizii della cosa? La sua obbligazione è meno rigorosa che quella del venditore. Questi deve la garanzia in forza del contratto (art. 1603), mentre il comodante che fa una liberalità non è tenuto, in massima, alla garanzia. Se vi è obbligato, lo è in conseguenza del suo dolo. Ora, perchè vi sia dolo, occorre la riunione delle circostanze determinate dall'art. 1891. Il comodante deve conoscere i vizii della cosa. Se li ignora non vi ha più dolo, sebbene possa esservi colpa. Ma la colpa non basta per impegnare la responsabilità del comodante. Non vi ha che il debitore il quale sia obbligato per la sua colpa. Ora, il comodante non è debitore. Se il comodante avverte il comodatario dei vizii da cui è affetta la cosa, agisce in buona fede, e quindi non è responsabile, ma se, conoscendoli, non ne avverte il comodatario, vi ha colpa grave che è equiparata al dolo.

Che dovrà dirsi se i vizii sono apparenti, in modo che il comodatario abbia potuto accorgersene? Il venditore non è tenuto per questi vizii (art. 1642). A maggior ragione non è tenuto il comodante, perchè il venditore deve la garanzia per l'indole stessa della vendita, mentre il comodante non vi è obbligato Si può invocare in appoggio di questa decisione, il testo dell'art. 1891. Il comodante non è responsabile quando avverte il comodatario dei vizii da cui la cosa è affetta. Ora, i vizii apparenti sono dà per sè medesimi un avvertimento purchè, come abbiamo detto, il comodatario abbia potuto accorgersene egli stesso. Egli è avvertito, almeno il comodante ha un giusto motivo di crederlo avvertito. Non si può quindi rimproverargli la mala fede, e non è che in forza della sua mala fede ch'egli è responsabile.

La Corte di Limoges ha giudicato così nel caso seguente (1). All'esposizione del Centro aperta a Limoges nel 1858 un pittore espose un quadro che fu restituito avariato. Di qui un'azione per danni e interessi contro la città che aveva fornito il locale. Per giudicare di questa domanda bisognava, innanzi tutto, determinare la natura del contratto intervenuto fra la città e gli espositori e il grado di responsabilità che ne risultava. Ora, in forza del regolamento i posti erano forniti gratuitamente

---

(1) Limoges, 12 novembre 1859 (DALLOZ, 1860, 2, 51). PONT, *Dei piccoli contratti*, t. I, p. 58, n. 130.

e solo le spese particolari di collocamento restavano a carico degli espositori. Fornendo gratuitamente sotto certe condizioni per un uso e un tempo determinato un locale e costruzioni appropriate alla loro destinazione provvisoria, la città di Limoges formava con ogni espositore un vero contratto di comodato, donde segue ch'essa non era tenuta che alle sole obbligazioni di un comodante. La conseguenza era importante per la città, perchè vi era luogo ad applicare l'art. 1891. Essa non rispondeva del danno recato agli espositori se non quando questo danno risultasse sia dal suo fatto personale, sia dai vizii della cosa prestata, se, conoscendoli, non ne avesse avvertito il comodatario. Ora, i guasti che il quadro aveva subiti erano stati causati non dal fatto della città di Limoges o de' suoi incaricati, ma dalla caduta d'una invetriata, le cui scheggie avevano qua e là forato la tela. Era provato dai documenti della causa, che questo accidente era stato cagionato da un forte colpo di vento durante una burrasca. Si diceva, a favore dell'attore, che una costruziane più solida sarebbe stata capace di resistere alla tempesta, e se ne induceva che la caduta della vetriata era dipesa dalla mancanza di solidità e da un vizio di costruzione. La Corte risponde che, pur ammesso che i fatti fossero provati, non ne risultava alcuna colpa a carico della città, perchè gli espositori avevano accettato, con cognizione di causa, a titolo di comodato, un fabbricato i cui vizii di costruzione, supponendo che esistessero, erano, in ogni caso, abbastanza apparenti per non sfuggire al loro esame. Fu precisamente per sottrarsi alla responsabilità che si pretendeva imporgli che il sindaco di Limoges aveva emanato un decreto col quale, facendo sapere agli espositori che si sarebbero prese tutte le misure necessarie per preservare gli oggetti esposti da ogni eventualità di avarie, soggiungeva che se, malgrado queste precauzioni, fosse scoppiato un sinistro, i guasti e danni che avrebbe potuto risultarne sarebbero rimasti a carico degli espositori. Questo decreto, conforme al regolamento dell'esposizione universale del 1855, era stato portato a conoscenza di tutti con ogni sorta di pubblicità. La Corte ne conchiude che il decreto era divenuto in tal modo parte integrante del contratto, e che aveva formato la legge delle parti. Quest'ultimo punto è il solo che sia contestabile. Non basta che un decreto municipale sia pubblicato per mezzo dei giornali perchè le disposizioni ch'esso contiene divengano la legge delle parti contraenti. Bisognerebbe provare che gli espositori le conoscevano, il che, per il maggior numero, è almeno dubbio. Ma questo motivo era inutile per giustificare il decreto. Il comodante non risponde del caso fortuito, e, nella specie, era provato che non gli si poteva rimproverare alcuna colpa; il che era decisivo.

484. Il codice non parla dei diritti del comodante nè delle azioni che gli spettano. Quanto ai suoi diritti, essi risultano dalle obbligazioni del comodatario, poichè ogni obbligazione implica

un diritto. Il comodante ha due azioni. Anzitutto quella nascente dal comodato. È un'azione personale che ha per causa l'obbligazione contratta dal comodatario di restituire la cosa prestata. Ma ha anche l'azione di rivendicazione che nasce dal diritto di proprietà. Supponendo ch'egli sia proprietario, conserva tutti i diritti che la proprietà conferisce (art. 1877) e quindi può rivendicare la cosa prestata sia contro il comodatario, sia contro i terzi.

Le due azioni differiscono grandemente, anzitutto per la loro natura. L'una, essendo personale, non può essere proposta che contro il comodatario e i suoi eredi; l'altra, reale, si propone contro ogni detentore della cosa, se questa è immobiliare. Se è mobiliare, il proprietario ha bensì l'azione di rivendicazione, ma il possessore di buona fede può respingerlo coll'eccezione che gli dà l'art. 2279, a termini del quale in fatto di mobili il possesso vale titolo, salvo quando la cosa è perduta o rubata. Ritorneremo su questo principio al titolo della *Prescrizione*.

L'azione del comodato differisce dall'azione di rivendicazione anche per le prove che incombono all'attore. Se il comodante agisce in forza del contratto egli non ha che una cosa da provare, l'esistenza del contratto. Questa prova, facilissima quando le parti hanno steso uno scritto, può divenire impossibile quando non vi ha alcuna scrittura. Il comodante potrà allora rivendicare provando il suo diritto di proprietà, prova sovente difficilissima, come abbiamo detto trattando dell'azione di rivendicazione, al titolo della *Proprietà*.

Anche la durata dell'azione è diversa. Quella che nasce dal contratto di comodato è un'azione personale soggetta alla prescrizione generale di trent'anni (art. 2262). Quanto all'azione di rivendicazione, bisogna distinguere. Se è intentata contro un terzo, dura anch'essa trent'anni, salvo al detentore l'opporre la prescrizione di dieci anni o la prescrizione istantanea che si ammette nel caso dell'art. 2279. Quando il comodante rivendica contro il comodatario o i suoi successori universali, l'azione, secondo l'opinione comune, è imprescrittibile, non potendo il comodatario prescrivere, poichè possiede in forza d'un titolo precario. Ritorneremo sulla questione al titolo della *Prescrizione* (1).

---

(1) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 381, n. 960.

CAPO III.

Del prestito di consumo o semplice.

SEZIONE I. — Della natura e delle condizioni del prestito di consumo.

485. L'art. 1892 definisce il prestito di consumo in questi termini: « Il prestito di consumo è un contratto per cui uno dei contraenti consegna all'altro una data quantità di cose le quali coll'uso si consumano, coll'obbligo a quest'ultimo di restituirgli altrettanto della medesima specie e qualità ». Stando alla definizione, il prestito di consumo è un contratto unilaterale, al pari del prestito ad uso, perchè il mutuante non contrae alcuna obbligazione verso il mutuatario, ma questi solo s'obbliga a restituire cose della medesima specie e qualità. Però la questione è molto controversa. In sostanza, è la stessa per il prestito di consumo e per il prestito ad uso. Entrambi i prestiti sono sempre stati considerati come contratti unilaterali. Il codice civile ha cambiato la natura tradizionale del prestito di consumo? Si può, senza tema d'errare, rispondere che no, perchè è cosa impossibile. Avesse pure il codice chiamato bilaterale un contratto nel quale una delle parti non si obbliga, questo contratto non cesserebbe d'essere unilaterale, non potendo il legislatore mutare l'essenza delle cose. È avvenuto agli autori del codice di sostituire la parola *contratto* che si trovava nel progetto dell'art. 894, ma dovrà dirsi per questo che la donazione non è un contratto? La donazione è un contratto, checchè ne dica il legislatore. Così pure il prestito di consumo è un contratto unilaterale, sebbene il nostro capo non contenga una sezione intitolata *Delle obbligazioni del mutuante*. Diremo più avanti come queste pretese obbligazioni non nascono dal prestito e non danno a questo contratto il carattere d'una convenzione sinallagmatica.

Quello che complica la questione e la rende per lo meno discutibile è che il Consiglio di Stato si è pronunciato per l'opinione contraria. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely fece osservare che la sezione II era intitolata *Delle obbligazioni del mutuante*, ma che Pothier insegnava che il mutuo non impone obbligazioni se non al mutuatario. Berlier, squisito ingegno, trovò giusta l'osservazione, e conseguentemente propose di sopprimere la sezione poichè gli articoli 1900 e 1901 non impongono alcuna obbligazione al mu-

tuante, e di porre altrove l'art. 1898. Tronchet combattè questa proposta. Confessare, egli osserva, che l'art. 1898 deve essere conservato equivale a riconoscere che il mutuo impone obbligazioni al mutuante. E non è questa l'unica obbligazione alla quale il contratto lo assoggetta, poichè l'art. 1899 non gli consente di ritirare la cosa prestata prima del termine convenuto. Su quest'ultimo punto Tronchet era in errore. Indubbiamente questa non è un'obbligazione. Rimandiamo a quanto si è detto sul comodato (n. 456 e 481). Il principio è identico pel mutuo. Quanto all'art. 1898, esso rende il mutuante responsabile del suo dolo. L'art. 1891 impone la stessa responsabilità al comodante nel comodato, e bisogna aggiungere che ogni debitore risponde del proprio dolo, per modo che tutti i contratti sarebbero bilaterali.

Ritorniamo alla discussione del Consiglio di Stato. Jollivet soggiunse che gli articoli 1900 e 1901 non facevano che sviluppare gli articoli 1898 e 1899; che così tutti gli articoli della sezione si riferivano alle obbligazioni del mutuante. Ora gli articoli 1900 e 1901 concernono l'obbligazione di restituire del mutuatario. Così l'obbligazione del mutuatario diventa un'obbligazione del mutuante!

Venne da ultimo Cambacérès. Il console amava dar ragione a tutti. Egli riconosce con Pothier che il contratto di mutuo è unilaterale e non sottopone direttamente il mutuante ad alcuna obbligazione. Tuttavia, egli dice, siccome questo contratto deve essere eseguito in buona fede, ne risulta che si può parlare delle obbligazioni del mutuante. Che pensava in sostanza, il Consiglio? (1). Non ne sappiamo nulla. Dal fatto che il contratto di mutuo deve esssere eseguito in buona fede devesi conchiudere che sia una convenzione sinallagmatica? Non è cosa seria. Il Consiglio dimenticava l'art. 1134, a termini del quale tutte le convenzioni devono essere eseguite in buona fede, e quindi tutti i contratti sarebbero bilaterali.

Il Consiglio di Stato decise di mantenere la sezione II. Dunque legalmente il mutuante ha delle obbligazioni e legalmente il mutuo è un contratto bilaterale. Ecco la conseguenza logica della decisione del Consiglio, ma è impossibile ammetterla. L'essenza delle cose prevale sugli errori del legislatore (2).

486. Il mutuo è un contratto reale? Ecco un'altra questione che fa meraviglia di veder posta, e più ancora di vederla negativamente risolta, almeno in un certo caso. Qui il colpevole non è il legislatore, ma gl'interpreti che si allontanano

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 7 piovoso anno XII, n. 15 (LOCRÉ, t. VII, p. 269).

(2) È il parere di tutti gli autori (PONT, t. I, p. 75, n. 170), salvo il dissenso di DUVERGIER, p. 227, nn. 192-197, e di AUBRY e RAU, t. IV, p. 598, nota 1, § 394 IV edizione).

dalla legge. L'art. 1892 è formale. Perchè vi sia prestito di consumo, bisogna che l'una delle parti *consegni* all'altra una data quantità di cose. Dunque il contratto non si perfeziona che colla tradizione, e conseguentemente, finchè il mutuante non ha fatto la consegna della cosa, non vi ha prestito di consumo. Non è che la promessa di prestare sia nulla, ma la promessa di prestare non è un prestito. Essa obbliga colui che presterà, ma non obbliga colui che prenderà a prestito, perchè questi non può essere obbligato a restituire ciò che non ha ancora ricevuto e che forse non riceverà.

Sotto questo rapporto vi ha identità fra il prestito di consumo e il prestito ad uso. Il codice nota questa identità servendosi della stessa espressione. Non vi ha prestito ad uso che quando il comodante consegna al comodatario una cosa per servirsene. La promessa di prestare è valida, ma non costituisce un prestito. Occorre dunque la tradizione della cosa perchè vi sia un prestito, vuoi ad uso, vuoi di consumo. Ma vi ha una importante differenza quanto agli effetti della tradizione, ed è questa che ha dato luogo a difficoltà. Nel comodato, il comodante rimane proprietario della cosa prestata (art. 1877); il comodatario non ha se non la detenzione, che gli è necessaria per servirsi della cosa. Accade tutto l'opposto nel prestito di consumo. Per effetto di questo, il mutuatario diviene proprietario della cosa prestata (art. 1893). La questione sta nel sapere se lo diviene soltanto per mezzo della tradizione che il mutuante gli fa della cosa. Non vi ha dubbio quando il prestito ha per oggetto cose indeterminate. La proprietà di queste cose non si trasferisce colla convenzione, essa non è trasferita che quando le cose sono determinate, il che avviene di regola all'atto della tradizione. La tradizione ha dunque la stessa parte nella traslazione della proprietà e nel prestito. La proprietà non è trasferita che quando la tradizione ha determinato le cose, e il prestito non si perfeziona che colla tradizione; di modo che al momento in cui avviene la tradizione vi ha ad un tempo prestito e traslazione della proprietà.

Avviene lo stesso quando il prestito ha per oggetto cose determinate, per esempio la botte di vino che si trova nella mia cantina, il grano che è nel mio granaio? Qui vi ha controversia, e, apparentemente, conflitto fra due principii. Secondo l'articolo 1893, il mutuatario diviene proprietario della cosa prestata. Ma a partire da qual momento? L'art. 1892 risponde che non vi ha prestito se non quando la cosa è consegnata, e quindi non è che a partire dalla tradizione che il mutuatario diviene proprietario. La ragione è d'accordo coi testi. È impossibile che il mutuatario divenga proprietario in forza del prestito, finchè non esiste prestito, perchè egli non diviene proprietario che a titolo di mutuatario, e non è mutuatario che quando il prestito esiste, vale a dire quando la cosa che forma l'oggetto del prestito gli è consegnata.

La cosa è evidente finchè stiamo ai principii che reggono il prestito. Ma come conciliare gli articoli 1892 e 1893 coll'art. 1138? Secondo quest'ultimo, l'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti, e rende il creditore proprietario della cosa dal momento in cui essa ha dovuto essere consegnata, ancorchè non ne sia stata fatta la tradizione. Questa disposizione, dice un insigne giureconsulto, si applica al prestito di consumo. Infatti, il mutuante si obbliga a consegnare allo scopo di rendere il mutuatario proprietario della cosa, e quindi vi ha obbligazione di consegnare. Questa obbligazione si perfeziona col solo consenso dei contraenti, e quindi il mutuatario diviene proprietario dal momento che vi è concorso di consenso senza bisogno della tradizione. Se è così, bisogna dire che il mutuo non è un contratto reale, quando ha per oggetto cose determinate, perchè esso esiste, e la proprietà è trasferita al mutuatario prima di ogni tradizione, dal momento in cui vi ha obbligazione promessa di prestare. Per conseguenza si deve dire del mutuo quello che la legge ed i principii stabiliscono della vendita. Il mutuo si perfeziona col consenso, e la promessa di mutuo vale mutuo (1).

La maggior parte degli autori si sono pronunciati contro questa interpretazione. Essa è in opposizione coi testi; il che basta per respingerla. Secondo l'art. 1892, la consegna o la tradizione è una condizione essenziale perchè vi sia mutuo. La legge non distingue se il mutuo ha per oggetto cose determinate o cose indeterminate. Non si concepisce mutuo che quando vi ha tradizione. Quale è l'oggetto di questo contratto? Le cose sono consegnate al mutuatario perchè le consumi. Ora, può egli consumare cose che non possiede? È impossibile. Quale è l'obbligazione del mutuatario? Egli deve restituire le cose che ha ricevuto nella stessa quantità, specie e qualità. Come restituirebbe egli ciò che non ha ricevuto? Ecco un'altra impossibilità. Si obbietta il principio dell'art. 1138. Rispondiamo che il testo medesimo di questa disposizione prova ch'essa non è applicabile ai contratti reali. L'art. 1138 dice che l'obbligazione di consegnare la cosa rende il creditore proprietario. Ciò suppone un contratto con cui il debitore si obbliga a trasferire la proprietà. Tali sono la vendita, la permuta, la società, tutti contratti consensuali. Questi contratti sono perfetti col solo consenso. Gli autori del codice ne hanno conchiuso che il concorso di consenso doveva bastare anche per il trasferimento della proprietà, tale essendo l'oggetto del contratto. Non accade così dei contratti reali. Questi contratti non si perfezionano col solo consenso: non si concepisce prestito, deposito, pegno, finchè non vi ha una cosa consegnata a chi prende a prestito, al depositario, al creditore pignoratario. Vi ha uno di questi contratti nel quale il debitore diviene pro-

---

(1) DUVERGIER, p. 176 e seg., n. 146. MOURLON, t. III, p. 332, n. 961.

prietario, il prestito di consumo. Ma dovrà dirsi che, in questo caso, il mutuatario diviene proprietario pel solo effetto del consenso, in forza del principio dell'art. 1138? È impossibile. Infatti l'art. 1138 suppone che il contratto sia formato. La questione che esso decide è quella di sapere se il contratto, essendo perfetto col consenso; trasferirà la proprietà della cosa per virtù di questo consenso, e quindi non può essere applicabile al prestito, perchè il prestito non si perfeziona col consenso, ma occorre inoltre che la cosa sia consegnata. Dunque la consegna ha una parte necessaria nel prestito: esso non esiste che colla tradizione, e dal momento che esiste la proprietà è trasferita nel mutuatario, e quindi la proprietà non può essergli trasmessa che colla tradizione. Questa differenza fra i contratti reali e i contratti consensuali è anche fondata in ragione. L'oggetto della vendita è di trasferire la proprietà al compratore. Questo scopo è raggiunto col perfezionamento del contratto, senza tradizione alcuna. Infatti, dal momento che esiste il concorso di consenso, il compratore è proprietario; egli può disporre della cosa, i frutti gli appartengono. È lo stesso del prestito di consumo? No, certo. Oggetto del contratto è l'uso della cosa: il trasferimento della proprietà che il prestito implica è soltanto un mezzo di permettere al mutuatario d'usare delle cose consumabili che formano l'oggetto del contratto. Ora, come userebbe il mutuatario della cosa, come la consumerebbe, finchè non gli vien consegnata? Il contratto è dunque essenzialmente reale. Se anche il legislatore lo dichiarasse personale, sarebbe impotente a cambiare la natura delle cose. Esso non può fare che vi sia un prestito finchè non vi ha cosa prestata, vale a dire consegnata al mutuatario a titolo di prestito (1).

487. La questione teorica che stiamo discutendo è importante per le sue conseguenze. Se la proprietà delle cose prestate, quando sono determinate, è trasferita nel mutuatario pel solo consenso delle parti, ne risulta che le cose stanno anche a suo rischio, perchè lo stesso articolo, il quale stabilisce il principio che per effetto del prestito il mutuatario diviene proprietario della cosa prestata, soggiunge ch'essa perisce per di lui conto, in qualunque modo venga a perire (art. 1893). Ne seguirebbe che il mutuatario dovrebbe restituire cose della stessa quantità, specie e qualità, senza aver mai ricevuto quelle che il mutuante gli aveva promesse. Ciò è contrario tanto ai principii quanto alla ragione ed al buon senso. Che dice l'art. 1893? Il mutuatario diviene proprietario della cosa prestata in *forza del mutuo*, e quindi la proprietà non gli è trasmessa che quando vi ha mutuo, perchè il mutuo non potrebbe produrre effetto finchè non esiste. Ed è quando la cosa gli è stata consegnata e

(1) DURANTON, t. XVII, p. 556, n. 614. TROPLONG, n. 184. PONT, t. 1, p. 63, n. 136, e p. 64, n. 138.

che può usarne ch'egli sopporta i rischi. Ecco quello che dispone la legge, e la ragione ed il buon senso ci dicono che il mutuatario non può essere tenuto a restituire al mutuante cose di cui non ha mai potuto usare, perchè sono rimaste nelle mani del mutuante.

La conseguenza che noi deduciamo dal principio lo conferma come la conseguenza che deriva dall'opinione contraria attesta contro di essa. Si obbietta che gli è lo stesso nella vendita. Il compratore sopporta il rischio, benchè la cosa venduta non gli sia stata consegnata. Se ciò è conforme ai principii e all'equità perchè non accadrebbe altrettanto del mutuatario? Noi abbiamo risposto anticipatamente all'obbiezione. La vendita ha prodotto tutto il suo effetto quando la cosa venduta viene a perire per caso fortuito prima della tradizione. Il venditore ha adempito le sue obbligazioni; il compratore deve adempiere le sue. Tale non è la condizione delle parti nel mutuo. Abbiamo detto che il mutuante non contrae alcuna obbligazione in forza del mutuo (n. 485). Quando la cosa prestata viene a perire dopo che il mutuo è perfetto, perisce per conto del mutuatario per la sola ragione ch'egli ne è proprietario e che, d'altronde, ha potuto usarne. Il contratto ha prodotto allora tutti i suoi effetti. Ma se la cosa perisce nelle mani del mutuante, prima della tradizione, non vi ha ancora mutuo: il mutuatario non ha potuto usare della cosa, egli non ne è divenuto proprietario. A dire il vero, non vi ha nè mutuante nè mutuatario, e quindi l'art. 1893 non è applicabile, poichè non vi ha contratto di mutuo, e non si possono applicare i principii del mutuo. Può aversi promessa di prestare, ma è un contratto tutto diverso. Io prometto di prestarvi il grano che si trova nel mio granaio, e voi accettate la promessa. Vi ha contratto, ma non mutuo. Se, dopo la promessa di prestito, la cosa viene a perire nelle mani del debitore, chi sopporterà il rischio? Supponendo che la cosa sia perita per caso fortuito, non è il creditore, ma il debitore che lo sopporterà. Infatti, la promessa di prestare non dà altro diritto al creditore che un'azione tendente a che il prestito sia realizzato, ed esso non si realizza che colla tradizione. Finchè la tradizione non è fatta, il mutuatario non contrae alcuna obbligazione, e quindi non può essere tenuto responsabile della perdita. In sostanza, la promessa di prestare non è altro che un prestito non realizzato. Ecco una nuova differenza fra il mutuo e la vendita. La promessa di vendita equivale alla vendita, e mette i rischi a carico del compratore (art. 1589). Vi hanno obbligazioni reciproche, e quindi si può applicare al compratore il principio dei rischi. Una promessa di mutuo non equivale al mutuo, e quindi non potrebbe esservi alcuna obbligazione a carico del mutuatario.

488. D'ordinario i rischi, nei contratti, sono indipendenti dalla traslazione della proprietà. L'art. 1893 stabilisce, al contrario, un rapporto fra il trasferimento della proprietà della cosa prestata e il rischio che incombe al mutuatario. Esso comincia col

dire che, in forza del mutuo, il mutuarario diviene proprietario della cosa prestata; poi soggiunge «ed è per suo conto ch'essa perisce». Devesi indurre da ciò che la massima *Res perit domino* riceva la sua applicazione, quantunque la cosa che perisce formi oggetto d'un contratto? No: nel caso previsto dall'articolo 1893, la cosa non forma più l'oggetto d'un contratto. Il mutuo è consumato; la cosa prestata, dal momento che è consegnata al mutuatario, entra nel suo dominio; egli non ha alcuna obbligazione riguardo a questa cosa, e quindi è il caso d'applicare il principio che la cosa perisce pel suo proprietario.

La Corte di cassazione ha tratto da questo principio una conseguenza pratica della più alta importanza. Alcuni fondi mutuati vengono consegnati ad un notaio, mandatario del mutuatario. Si stipula che il notaio non li consegnerà se non dopo che il mutuatario abbia dato certe giustificazioni sull'impiego dei denari. Il notaio è dichiarato decotto prima d'aver consegnato i fondi al mutuatario. Si domanda se questi sopporterà i rischi. Fu giudicata l'affermativa, e ci pare certa. Il mutuo era consumato colla consegna dei denari al mandatario del mutuatario, poichè si ritenevano come consegnati al mandatario. Ora dal momento che il mandatario diviene proprietario, la cosa perisce per suo conto (1).

489. Pothier dice che il mutuo è, al pari del comodato, un contratto di beneficenza. È un beneficio che il mutuante fa al mutuatario, accordandogli gratuitamente la facoltà di servirsi della cosa prestata, senza che il mutuante ritragga alcuna utilità dal contratto che si forma per il solo interesse del mutuatario. Il codice ammette questa dottrina, ma con una distinzione. Esso dice che il prestito ad uso è *essenzialmente* gratuito, ma non dice lo stesso del prestito di consumo. Risulta, al contrario, dall'art. 1905 che il prestito di consumo è gratuito solo per sua natura. La legge permette di stipulare interessi pel semplice mutuo di denaro, di derrate od altre cose mobiliari. In questo caso, il contratto diviene interessato da parte del mutuante, senza perdere i suoi caratteri di contratto unilaterale, reale e traslativo di proprietà.

490. Il prestito di consumo, come indica il nome, dà al mutuatario il diritto di consumare le cose che gli vengono consegnate, donde la legge deduce la conseguenza, formulata nella definizione, che questo contratto ha necessariamente per oggetto una data quantità di cose che si consumano coll'uso. Diciamo *necessariamente*, poichè questo elemento del prestito è compreso nella definizione che il codice ne dà, e quindi esso lo considera come una condizione. L'art. 1894 soggiunge, nello stesso ordine di idee, che non si possono dare, a titolo di prestito di consumo,

(1) Rigetto, 7 marzo 1842 (*Sirey*, 1842, 1, 207).

cose che, quantunque della stessa specie, sono individualmente diverse, come gli animali. Allora si tratta di un prestito ad uso. La ragione si è che la loro restituzione non potrebbe farsi identicamente, poichè le cose che il mutuatario restituirebbe sarebbero diverse da quelle che ha ricevute, il che è contrario all'essenza del mutuo. Non vi ha che un mezzo di prestare le cose che sono individualmente diverse, ed è di prestarle ad uso. Ciò prova che gli autori del codice avrebbero fatto meglio a servirsi dell'espressione *fungibili* invece di quella *consumabili*. Tale è appunto l'idea espressa dall'art. 1894. Gli è perchè, nella restituzione che deve esserne fatta, le cose che sono individualmente diverse non possono essere sostituite da altre, e, non essendo fungibili, non possono essere prestate a titolo di prestito di consumo. Ciò che caratterizza dunque il prestito di consumo si è che le cose prestate debbono essere di tal natura che quelle date dal mutuante possano essere restituite dal mutuatario identicamente. È necessario all'uopo che siano consumabili? Il codice lo dice, seguendo Pothier, il quale s'esprime nei termini i più restrittivi: « Tutte le cose fungibili che si consumano coll'uso possono formare materia del prestito di consumo, ed è dell'*essenza di questo contratto* che qualcuna di queste cose ne formi l'oggetto ». Ciò è troppo assoluto. Quanto appartiene all'essenza del contratto si è che il mutuatario abbia il diritto di consumare la cosa, e che possa restituirne una della stessa specie e qualità. Ora, si può benissimo concepire un prestito di cose che non si consumano col primo uso che se ne fa. Tale sarebbe il prestito che un libraio facesse ad un altro d'un dato numero di esemplari del codice civile, a condizione che il mutuatario restituisca lo stesso numero della medesima edizione (1).

491. Pothier spiega anche che cosa s'intende, in diritto, per consumo. Vi hanno due sorta di cose che si consumano coll'uso. Anzitutto quelle che si consumano naturalmente colla loro distruzione, ed è questo il significato volgare della parola. Tali sono le cose che servono al nutrimento dell'uomo o degli animali, come il grano, l'orzo, l'avena, l'olio, il vino, la legna da ardere. In diritto, la nozione di consumo si estende al consumo civile, vale a dire fittizio. Tale è il consumo che si fa del denaro contante. L'uso che se ne fa consiste nello spenderlo, il che opera, non un consumo naturale, poichè il mutuatario, spendendolo, non distrugge le specie, ma un consumo civile, che consiste nell'alienazione ch'egli fa del denaro spendendolo, di modo che non gliene resta più nulla, tanto che si può dire che per lui è consumato. Vi ha consumo civile anche quando l'uso che si fa d'una cosa la rende incapace di servire ad altri dopo l'uso

(1) Pothier, *Del prestito di consumo*, n. 25. Cfr. Duranton, t. XVII, p. 610, n. 552. Pont, t. I, p. 67, n. 149. Bugnet in Pothier, t. V, p. 50, nota 1.

fattone. In questo senso la carta è cosa consumabile. Il mutuatario se ne serve per scrivervi sopra, e dopo ch'egli ne ha fatto quest'uso la carta è civilmente consumata, poichè la carta sulla quale egli ha scritto non può più servire ad altri (1).

492. Chi può fare un prestito di consumo? Basta la capacità di contrattare? No. L'art. 1893 dice che, in forza di questo prestito, il mutuatario diviene proprietario della cosa prestata e quindi il mutuante gliene trasferisce la proprietà. Ora, per trasmettere la proprietà, bisogna che il mutuante sia proprietario. E non basta. Vi sono proprietari che non hanno il diritto d'alienare e che, per conseguenza, non possono trasferire la proprietà delle cose che appartengono loro, e quindi non possono darle a titolo di prestito di consumo. Il principio è dunque che, per fare un prestito di consumo, si deve essere proprietarii e capaci d'alienare (2).

Ne consegue che coloro i quali amministrano il patrimonio altrui come gli immessi nel possesso provvisorio dei beni d'un assente, i tutori, i mariti amministratori legali dei beni della moglie, non possono consentire un prestito di consumo, perchè non possono alienare. La conseguenza è certa se si ammette il principio che gli amministratori non hanno il diritto di alienare. Rimandiamo su questo punto ai titoli dell'*Assenza*, della *Tutela* e del *Contratto di matrimonio*. La questione è controversa.

Dal principio che bisogna essere proprietarii e capaci d'alienare per fare un prestito segue ancora che il prestito fatto da colui che non è proprietario della cosa o che è incapace d'alienarla è nullo. In qual senso vi ha nullità? La questione non è senza difficoltà. Bisogna distinguere il prestito fatto da un non proprietario e il prestito fatto da colui che non è capace di alienare.

493. Va da sè che il prestito fatto da chi non è proprietario è nullo a riguardo del vero proprietario. È più esatto dire che il prestito non esiste a suo riguardo, perchè è una convenzione alla quale egli è rimasto estraneo, e quindi può rivendicare la cosa che gli appartiene, senza aver bisogno di domandare la nullità del prestito. Ma il diritto ch'egli ha in teoria può raramente essere esercitato in fatto. Si tratta di cose consumabili, e quindi mobiliari, corporali. Ora, queste cose non possono essere rivendicate, nel senso che il possessore può respingere l'azione di rivendicazione colla massima che in fatto di mobili il possesso vale titolo. Non vi ha eccezione che quando sono state date a prestito cose rubate o smarrite. Il proprietario può, in questo caso, rivendicarle, come lo può quando il possessore è in mala fede. Il proprietario ha inoltre un'azione per

(1) POTHIER, *Del prestito di consumo*, nn. 22 e 23.
(2) POTHIER, *Del prestito di consumo*, n. 4.

danni ed interessi contro il mutuante che ha disposto di cose che non aveva il diritto di prestare.

Quando si dice che il prestito è nullo se è stato fatto da chi non era proprietario della cosa, ciò significa che il contratto è nullo fra le parti contraenti. Chi può invocare questa nullità? Che il mutuatario abbia un tale diritto, non vi ha dubbio poichè il prestito non raggiunge il suo scopo a riguardo del mutuatario Questi non acquista la proprietà della cosa, e quindi non può consumarla. Inoltre egli è esposto ad un'azione di rivendicazione. e di danni ed interessi, e quindi è interessato a chiedere la nullità del contratto. Però si presenta una difficoltà. Si tratta d'una cosa mobile corporale. Se il mutuatario la riceve in buona fede, credendo che appartenga al mutuante, ne diviene proprietario, nel senso che può respingere la rivendicazione opponendo il suo possesso. Potrà egli ciò non ostante chiedere la nullità? Se si considera l'art. 2279 come una specie di prescrizione, bisogna decidere che il comodatario può domandare la nullità, sebbene abbia il diritto di respingere l'azione del proprietario coll'eccezione di prescrizione, perchè sta il principio che la prescrizione non può essere opposta contro la volontà di colui in favore del quale essa esiste. Ritorneremo sul principio al titolo che è la sede della materia. Se dunque il possessore non vuole valersi della prescrizione, il mutuante non potrà opporgliela, il contratto sarà dichiarato nullo e conseguentemente il mutuante tenuto a fornire altre cose della stessa qualità e specie. Ma ciò non è vero che nel caso in cui il prestito sia fatto a titolo oneroso, perchè, se è gratuito, il mutuante non deve la garanzia; egli non risponde che del suo dolo.

Il mutuante potrebbe chiedere la nullità, vale a dire obbligare il mutuatario a restituirgli la cosa prestata? Secondo i principii che reggono la nullità, bisogna rispondere negativamente. Infatti, la nullità non è d'ordine pubblico, e quindi non può essere invocata che dalla parte nell'interesse della quale è stata stabilita. Ora, è nell'interesse del mutuatario che la legge esige che il mutuante sia proprietario; il che decide la questione. È vero che in materia di pagamento si ammette, ed è pure il nostro parere, che il debitore che paga ciò che non gli appartiene può domandare la nullità del pagamento, ma la ragione sta in ciò, che l'art. 1238 gli attribuisce implicitamente questo diritto. Si può estendere al prestito quello che la legge dice del pagamento? È cosa dubbia, poichè non si può dire che il mutuante faccia un pagamento.

494. Se il mutuatario non chiede la nullità, quale sarà l'effetto del prestito? Egli consumerà le cose, donde una nuova difficoltà. Sarà tenuto a restituirle, come se il prestito fosse valido? Pothier insegna, secondo il diritto romano, che, se il mutuatario ha consumato le cose in buona fede, il contratto è valido; che, per conseguenza, il mutuatario sarà tenuto alle obbligazioni nascenti dal prestito, come se il mutuante fosse stato

proprietario della cosa, donde segue che il mutuante avrà l'azione nascente dal prestito, quantunque non abbia avuto la proprietà delle cose prestate. La ragione si è che il trasferimento della proprietà non è l'oggetto diretto del contratto di prestito. Se il mutuante deve trasferire la proprietà al mutuatario, è allo scopo che questi possa servirsi delle cose prestate; il che non può fare che consumandole, ciò che non ha il diritto di fare se non ne è proprietario. Il prestito, col consumo in buona fede che il mutuatario fa della cosa, gli ha procurato la stessa utilità come se il mutuante gli avesse trasferito la proprietà delle cose prestate, e quindi il mutuatario deve essere tenuto alle stesse obbligazioni come se il mutuante fosse stato proprietario. Il trasferimento delle proprietà non gli avrebbe procurato maggior vantaggio; egli non avrebbe avuto sempre che il diritto di consumare le cose. Ora, egli le ha consumate, e, avendole consumate in buona fede, è al coperto da ogni azione da parte del proprietario. Quanto a lui lo scopo del mutuo è completamente raggiunto, e quindi deve essere tenuto come mutuatario (1).

495. Il prestito fatto dal non proprietario è convalidato anche quando, sull'azione di rivendicazione del proprietario, il mutuatario oppone l'eccezione dell'art. 2279. Egli ha, in questo caso, il diritto di consumare la cosa, come se il mutuante ne fosse stato proprietario e quindi si può applicare quanto abbiamo detto testè giusta Pothier. Il mutuo procura al mutuatario lo stesso vantaggio come se il mutuante fosse stato proprietario e per conseguenza il mutuatario deve essere tenuto alle obbligazioni che nascono dal mutuo. Ma occorre all'uopo che il mutuatario opponga l'eccezione dell'art. 2279, che lo mette al coperto dall'azione di rivendicazione. Ciò suppone che l'art. 2279 stabilisca una prescrizione che è in facoltà possessore di opporre o meno. La questione è controversa. Vi ritorneremo al titolo che è sede della materia. Se si ammette, che in forza della regola consacrata dall'art. 2279, il possessore diviene proprietario in modo assoluto, bisogna dire che, in tutti i casi, il prestito si consolida quando vi ha luogo ad applicare l'articolo 2279, vale a dire quando il mutuatario ha ricevuto la cosa in buona fede (2).

496. Quale è l'effetto del prestito fatto da un incapace? La questione presenta due aspetti. Gli incapaci possono essere mutuanti? Possono essere mutuatarii? Quale è l'effetto del prestito nel primo e nel secondo caso? È certo che gli incapaci non possono dare a mutuo le cose che appartengono loro, poichè non hanno la capacità di disporre, e dare a mutuo significa alienare la cosa mutuata. Però vi ha qualche difficoltà per la donna ma-

---

(1) POTHIER, *Del prestito di consumo*, nn. 5 e 6. DURANTON, t. XVII, p. 621, n. 565. PONT, t. I, p. 69, n. 156.

(2) MOURLON, t. III, p. 387, n. 978. PONT, t. I, p. 69, n. 155. Cfr. DURANTON, t. XVII, p. 623, n. 536.

ritata, quando è separata di beni, sia giudizialmente, sia in forza del contratto di matrimonio. Gli scrittori sono divisi. A nostro avviso, bisogna distinguere se il prestito è gratuito o interessato. Se è gratuito, la moglie non può farlo, perchè, quantunque separata di beni, non può fare liberalità. È vero che il prestito non ha per oggetto che l'uso della cosa poichè il mutuatario deve restituire cose della stessa specie e qualità, ma è una liberalità, e la legge non permette alla moglie di fare una liberalità senza il consenso del marito. Per principio, essa resta incapace; la sua capacità è un'eccezione al diritto comune e deve essere ristretta nei termini della legge. Ora, la legge le permette bensì di disporre dei suoi beni mobili a titolo oneroso e per contratto commutativo, ma non le consente di disporre a titolo gratuito, neppure che per l'uso delle cose e quindi la moglie non ha questo diritto. Può essa fare un prestito a titolo oneroso? Qui sorge un dubbio. Il diritto di disporre de' suoi beni mobili che le attribuisce l'art. 1449 è assoluto? O non ha essa questo diritto se non nel caso che l'alienazione sia un atto d'amministrazione? Secondo l'opinione da noi insegnata, il diritto d'alienare della moglie è assoluto, il che è decisivo. Avendo il diritto d'alienare essa ha per ciò stesso il diritto di prestare ad interesse (1).

497. I minori non possono fare un prestito di consumo poichè prestare equivale ad alienare, ed i minori non possono mai alienare. Non si deve distinguere fra il minore emancipato e quello non emancipato. Infatti, sta il principio che il minore non può fare alcun atto, all'infuori di quelli di semplice amministrazione, senza osservare le forme prescritte pel minore non emancipato (art. 484). Ora, il prestito non è un atto di semplice amministrazione, il che è decisivo. Ne consegue che il minore non può fare un prestito nemmeno a titolo oneroso. Invano si direbbe che il collocare i propri fondi ad interesse è un atto d'amministrazione, e di buona amministrazione. Ciò è vero quando l'impiego è sicuro e garantito, ma il minore emancipato non ha questa capacità; almeno la legge non la suppone in lui. Bisogna dunque attenersi strettamente al principio che vieta al minore di disporre e, per conseguenza, di dare a mutuo.

Il prestito fatto da un minore è dunque nullo. Quale è il carattere della nullità? Bisogna applicare il principio generale in forza del quale la nullità degli atti compiuti dagli incapaci è relativa. Le persone capaci di obbligarsi, dice l'art. 1125, non possono opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto o della donna maritata con cui esse hanno contrattato. Il prestito fatto dal minore non è dunque nullo che a riguardo dell'incapace che l'ha consentito. Spetta a lui il convalidarlo col non agire ovvero domandarne la nullità. Il minore può anche rivendicare? Gli scrittori si servono di questa espressione, ma a noi non pare esatta.

---

(1) Vedi, in senso diverso, PONT e gli autori che cita, t. I, p. 70, n. 160.

Infatti, il minore è vincolato da un contratto. Benchè questo contratto sia viziato, esso non è nullo di pien diritto, ma produce, al contrario, i suoi effetti finchè non ne venga pronunciata dal giudice la nullità. Dunque il minore deve innanzi tutto liberarsi dal vincolo che lo lega, chiedendone la nullità, e quando il contratto è annullato, non ha bisogno della rivendicazione, almeno contro il mutuatario, poichè questi è condannato dalla sentenza a restituire la cosa prestata. Se la cosa fosse posseduta da un terzo, il minore dovrebbe agire in rivendicazione, ma il terzo, alla sua volta, potrebbe opporgli l'eccezione dell'art. 2279.

498. Il mutuo fatto da un incapace, per esempio da un minorenne, è valido se il mutuatario ha consumato la cosa in buona fede? Vi ha controversia e qualche dubbio. Noi crediamo che il consumo non convalidi il mutuo. Esso è nullo nell'interesse del minore, e quindi occorre che il minore abbia diritto di chiederne la rescissione, se è leso. Secondo la nostra opinione, egli avrebbe anche il diritto di chiederne la nullità, poichè il mutuo è una alienazione, e il minore non può alienare che nelle forme prescritte dalla legge. Ora il mutuatario non può, consumando la cosa, togliere al minore il diritto che gli spetta in forza della sua incapacità. Si obbietta che l'articolo 1238 convalida il pagamento fatto da un incapace quando la cosa è consumata, e che questo caso è equiparato al mutuo fatto da chi non è proprietario. Non vi ha contraddizione fra il convalidare un mutuo fatto da chi non è proprietario, come abbiamo insegnato testè (n. 494), e il ritenerlo nullo quando è fatto da un incapace? No. Bisogna innanzi tutto escludere l'art. 1238, perchè il mutuo non è un pagamento e perchè questa disposizione è censurata da tutti gli autori siccome contraria ai principii, ed è contraria ai principii precisamente perchè confonde due casi affatto diversi. Se il mutuo concesso da chi non è proprietario viene convalidato quando il mutuatario ha consumato la cosa in buona fede, ciò accade perchè il consumo procura al mutuatario la stessa utilità che il trasferimento della proprietà. Ora, non si può certo dire che il minore approfitti del consumo. Sia la cosa o non sia consumata, egli può convalidare il mutuo, se vuole, ma deve anche, in ogni ipotesi, conservare il diritto di chiederne la nullità altrimenti sarebbe leso, mentre è appunto per evitarne la lesione che la legge gli accorda il diritto di domandarne la nullità o la rescissione (1).

499. La cosa prestata perisce per caso fortuito. A carico di chi sta la perdita? Bisogna distinguere se il prestito è stato fatto da chi non è proprietario o da un incapace. Quando il mutuante è incapace, egli solo può invocare la nullità, ed, eviden-

---

(1) DUVERGIER, p. 182, n. 155. TROPLONG, n. 203. PONT. t. I, p. 73. n. 167. In senso contrario, DURANTON, t. XVII, p. 625, n. 536, secondo POTHIER, nn. 7 e 21.

tissimamente, non la invocherà, ma, al contrario, renderà efficace il mutuo col suo silenzio; il che obbliga il mutuatario a restituire cose della stessa specie e qualità. Chi sopporterà la perdita sarà dunque il mutuatario. Invano si direbbe che il mutuo è nullo. A suo riguardo il mutuo è valido, e quindi egli è proprietario e, per conseguenza, la cosa perisce a di lui carico. Se il mutuante non fosse proprietario, il mutuatario potrebbe domandare la nullità, e quindi è il mutuante che sopporterà il rischio. È vero ch'egli non è proprietario, ma, in questa materia, la perdita non non sta sempre a carico del proprietario. Nella specie, la cosa perisce a carico del mutuante perchè non vi ha mutuo. Il mutuante si trova di fronte al proprietario, e a suo riguardo il mutuante è in colpa per aver disposto d'una cosa che non gli appartiene. Però il mutuante potrebbe invocare il beneficio dell'art. 1302. S'egli provasse che la cosa sarebbe perita anche fra mani del proprietario, questi non avrebbe azione, perchè il mutuante non gli ha recato alcun danno.

500. Gli incapaci possono prendere a prestito? No, perchè non possono obbligarsi, e l'obbligazione ch'essi contraggono prendendo a prestito è una delle più pericolose, concedendo loro d'indebitarsi anche per spese pazzesche. La legge invigila a che i prestiti, se diventano necessarii, siano fatti con tutte le garanzie possibili. Quando si tratta di un minore, il prestito deve essere autorizzato dal consiglio di famiglia, la deliberazione del consiglio deve essere omologata dal tribunale e l'autorizzazione non può essere accordata se non per causa di assoluta necessità o di evidente vantaggio (articoli 457 e 484). È vero che la legge si occupa specialmente del prestito ad interesse; ma anche il prestito gratuito presenta dei pericoli perchè obbliga sempre il minore a restituire il denaro che può avere inutilmente speso. Il prestito fatto senza le forme prescritte dalla legge è nullo. Ne consegue che il minore non contrae le obbligazioni che risultano dal prestito, e non risponderebbe della perdita, a meno che non fosse colpevole di dolo. Sarebbe egli obbligato a restituire la cosa? Come mutuatario no, poichè supponiamo che il mutuo è nullo. Il mutuante si trova pertanto in questa critica condizione, che non può reclamare la restituzione della cosa potendo il solo mutuatario invocare la nullità del mutuo, e non avrà l'azione nascente dal mutuo se il minore gli oppone la propria incapacità. L'unica azione che gli spetta è quella di rivendicazione la quale suppone che la cosa sia nelle mani del mutuatario. Quando è alienata, egli non avrà azione che contro il terzo possessore. Contro il minore non ha altro diritto che quello di esigere la restituzione del valore in quanto il minore ne abbia approfittato. Il mutuante si è posto egli stesso in questa condizione colla sua imprudenza, e deve sopportare le conseguenze della propria colpa (1).

---

(1) MOURLON, t. III, p. 387, n. 979. PONT, t. I, p. 74, n. 168.

SEZIONE II. — Delle obbligazioni del mutuante.

501. « Nel mutuo il mutuante è obbligato alle stesse responsabilità stabilite dall'art. 1891 per il comodato » (art. 1898). Al Consiglio di Stato, Tronchet ha sostenuto che tale obbligazione derivava dal contratto di prestito, e che, per conseguenza, questo contratto era bilaterale. In realtà, l'obbligazione è comune ad ogni contratto, perchè è conseguenza del principio che ciascuno risponde del suo dolo. Infatti quando la cosa mutuata ha tali vizii da poter recare pregiudizio al mutuatario, la buona fede impone al mutuante, se li conosce, di avvertirne il mutuatario e l'obbligo della buona fede esiste in ogni contratto unilaterale o bilaterale. Se ciò basta per rendere il contratto bilaterale, bisogna cancellare l'art. 1103 del codice perchè non vi sarebbe più contratto unilaterale.

L'obbligazione della garanzia che deriva dalla buona fede, nel caso previsto dall'art. 1891, può divenir più rigorosa nel mutuo che nel comodato. Il mutuo può farsi a titolo oneroso. In questo caso bisogna applicare il principio generale in forza di cui nei contratti onerosi è dovuta la garanzia, esistendo essa anzi di pien diritto. Così, se il mutuatario fosse evitto della cosa, non solo non vi sarebbe prestito, come nel comodato, ma il mutuante sarebbe anche tenuto ai danni ed interessi, ai quali il comodante non è tenuto nel comodato, che è essenzialmente gratuito. E se la cosa fosse affetta da un vizio, il mutuante dovrebbe la garanzia, quand'anche ignorasse l'esistenza del vizio. Così vuole il diritto comune nei contratti onerosi (1).

502. « Il mutuante non può domandare le cose mutuate prima del termine convenuto » (art. 1899). Lo stesso accade nel prestito ad uso (art. 1888), ma l'art. 1889 aggiunge una restrizione: « Se sopravviene al comodante un bisogno urgente ed impreveduto di valersi della cosa, il giudice può, secondo le circostanze, obbligare il comodatario a restituirgliela ». L'art. 1899 non contiene una disposizione analoga per il prestito di consumo. Che cosa devesi indurre dal silenzio della legge? Si può applicare per analogia l'art. 1889? No, perchè è una disposizione contraria ai principii. Essa deroga alla legge del contratto, e quindi è di stretta interpretazione. Resta a sapere se vi sia una ragione della differenza che ne risulta fra i due prestiti. Nel prestito ad uso il comodatario non diviene proprietario della cosa, ma può soltanto servirsene ed egli solo ha questo diritto; di modo che deve sempre avere la cosa sotto mano. Il legislatore poteva dunque, per una con-

---

(1) PONT, *Dei piccoli contratti*, t. I, p. 76, n. 173.

siderazione d'equità, obbligarlo a restituirla subito, mentre, nel prestito di consumo, il mutuatario diviene proprietario della cosa mutuata, e quindi può disporne come vuole, può cederla ad un terzo; donde segue che potrebbe trovarsi privo della cosa al momento in cui il mutuante gliela reclamasse in caso di bisogno imprevisto, e se dovesse restituirne una della stessa specie e qualità, sarebbe forse impossibilitato a farlo, o non lo potrebbe che procurandosi con grandi spese e, per conseguenza con perdita, cose che non doveva restituire che più tardi. Ora, il beneficio non deve ritorcersi contro colui al quale deve giovare (1). Se il prestito è a titolo oneroso, va da sè che non potrebbe parlarsi d'obbligare, sotto qualsivoglia pretesto, il mutuatario a restituire la cosa prima della scadenza del termine.

503. « Se non è stato fissato alcun termine per la restituzione, il giudice può accordare al mutuatario una dilazione secondo le circostanze » (art. 1900). Ciò suppone che le parti non siano d'accordo sull'estensione del termine. Vi ha un termine tacito così nel prestito di consumo come nel prestito ad uso. Chi prende a prestito ha sempre il diritto di servirsi della cosa. Nel prestito di consumo egli se ne serve consumandola. Dovrà dirsi per questo ch'egli sia tenuto a restituire una cosa della stessa specie e qualità non appena abbia consumata quella che ha preso a prestito? No. Pothier dice che il mutuatario, anche quando si fosse obbligato a restituire la cosa mutuata alla prima richiesta del mutuante, non sarebbe tenuto a farlo immediatamente dopo che potè servirsene, per esempio, l'indomani o qualche giorno appresso la tradizione della cosa. Si ritiene che il mutuante abbia accordato tacitamente un termine congruo perchè il mutuatario possa procurarsi la cosa che deve restituire. Alla sua volta, il mutuatario non l'avrebbe presa a prestito se avesse preveduto che gli sarebbe stata richiesta prima di questo tempo. Infatti, se il mutuatario fosse obbligato a restituire la cosa a beneplacito del mutuante, il mutuo gli sarebbe più svantaggioso che utile. È il caso d'applicare la regola d'equità: *Adiuvari nos, non decipi beneficio oportet.* Pothier ne conchiude che il mutuante deve accordare al mutuatario un tempo più o meno lungo secondo le circostanze, per la restituzione della cosa prestata, e conseguentemente il mutuatario ha contro la domanda del mutuante, se l'intentasse prima di questo tempo, un'eccezione colla quale *deve* ottenere dal giudice una dilazione al pagamento (2). È in questo senso che bisogna intendere l'art. 1900. Dicendo che il giudice *può* accordare una dilazione secondo le circostanze, la legge non vuol dire che possa rifiutarla. Essa si rimette a lui per la fissazione del termine tacito. Egli lo stabilisce secondo le cir-

(1) PONT, *Dei piccoli contratti*, t. I. p. 78, n. 175.
(2) POTHIER, *Del prestito di consumo*, n. 48.

costanze, e deciderà nel tempo stesso se la domanda del mutuante è ammissibile o se è fatta troppo presto.

La madre fa un prestito alla figlia, che esercita una miniera, colla clausola che la compagnia s'obbligava a restituire la somma presa a prestito sui primi fondi di cui avrebbe potuto disporre. Il prestito essendo fatto senza termine fisso, è stato giudicato che il mutuatario dovesse godere d'un termine di due mesi (1).

504. « Ove siasi convenuto soltanto che il mutuatario paghi quando *potrà*, o quando ne avrà i mezzi, il giudice gli prescriverà un termine al pagamento secondo le circostanze » (art. 1900). È un termine espresso, ma senza limite fisso. Il giudice è chiamato ancora a decidere, ma nella sua decisione terrà conto dell'intenzione del mutuante, che si è manifestata colla clausola del contratto, di non esigere la restituzione rigorosamente, come potrebbe in stretto diritto. Il giudice è, in questo caso, ministro d'equità. La clausola deve avere questo senso, altrimenti si confonderebbe col termine tacito che è comune ad ogni prestito (2). A maggior ragione sarebbe così se il contratto stabilisse che il mutuatario rimborserà quando vorrà. Non bisogna interpretare questa clausola nel senso che il mutuante si rimetta assolutamente alla discrezione del mutuatario. Costui non è dispensato dal restituire: il mutuante si rimette alla sua volontà solo in quanto al tempo in cui potrà restituire a suo agio. Il giudice ha dunque ancora maggior larghezza che se fosse detto che il mutuatario restituirebbe quando potrebbe. Vi ha in questo caso una piccola differenza di cui il giudice terrà conto (3).

Sezione III. — Obbligazioni del mutuatario.

505. « Il mutuatario è tenuto a restituire le cose prestate, nella stessa quantità e qualità, e nel termine convenuto » (articolo 1902). L'art. 1892 si esprime più esattamente dicendo che il mutuatario deve restituire le cose prestate nella stessa quantità, specie e qualità. Egli deve restituire la stessa *quantità*. Le cose fungibili che formano oggetto del prestito di consumo sono conosciute anche sotto il nome di cose *quae pondere, numero et mensura constant*, vale a dire di cose a riguardo delle quali si prende in considerazione piuttosto un certo peso, un certo numero od una certa misura, anzichè le parti individue di cui esse si compongono. Dovendo il mutuatario restituire tante

---

(1) Bordeaux, 22 giugno 1833 (Dalloz, v. *Acte de commerce*, n. 280).
(2) Bordeaux, 7 aprile 1838 (Dalloz, v. *Prêt*, n. 191, 2.°).
(3) Mourlon, *Ripetizioni*, t. III, p. 384, n. 967. Bruxelles, 13 novembre 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 218).

cose quante ne ha ricevute, si contano all'atto della restituzione, si pesano o si misurano, secondo la loro natura. Ecco la quantità ch'egli deve restituire. Egli deve restituire cose della stessa specie. E' in questo che consiste la fungibilità propriamente detta. Se ha ricevuto grano, restituisce grano, restituisce olio d'oliva per olio d'oliva, olio di ravizzone per olio di ravizzone. Infine deve restituire cose della stessa *qualità*. Se ha ricevuto grano di prima qualità, deve restituire grano di prima qualità. Se restituisce grano di qualità inferiore, non restituirebbe ciò che ha ricevuto (1).

La legge non aggiunge che il mutuatario debba restituire cose dello stesso valore. L'art. 1897 dispone che, se vennero prestate delle derrate, il mutuatario deve sempre restituire la stessa quantità e qualità, e non deve restituire che questo, qualunque sia l'aumento o la diminuzione del prezzo. Il valore non figura nella restituzione che per quanto riguarda la qualità. Se il mutuatario ha ricevuto un sacco di grano di prima qualità nel 1874 deve restituirne uno di prima qualità nel 1875, termine convenuto, quand'anche il sacco, in quel tempo, valesse venti lire di più o venti franchi di meno. Il prezzo delle derrate va soggetto a grandi variazioni. La legge non ha tenuto conto di questa differenza. Stando al rigore dei principii, essa avrebbe dovuto obbligare il mutuatario a restituire lo stesso valore che ha ricevuto. Chi ha ricevuto un valore di trenta franchi dovrebbe restituire altrettanto, mentre può darsi che restituisca più o meno, secondo che il prezzo delle derrate sarà cresciuto o ribassato. Perchè la legge non considera il valore nella restituzione che il mutuatario è obbligato di fare? È molto difficile dare una buona ragione di ciò. Trattasi di una disposizione tradizionale che facilita molto la restituzione. Se si fosse richiesto che la restituzione avvenisse in natura e per lo stesso valore, si sarebbe dovuto restituire ora più, ora meno, il che avrebbe alterato la natura del contratto, perchè la prima idea che implica il mutuo si è che il mutuatario restituisca la quantità di derrate che ha ricevute. Il sistema tradizionale previene difficoltà d'apprezzamento che avrebbero sovente ritardato la restituzione e provocato litigi. Il codice preferisce un sistema meno giuridico, ma più semplice (2).

506. L'articolo 1903 prevede il caso che il mutuatario sia nell'impossibilità di adempiere la propria obbligazione. Egli è tenuto, in tal caso, a pagare il valore delle cose che non restituisce. Diremo più avanti qual tempo si prenda in considerazione per determinare questo valore. Bisogna precisare innanzi tutto che cosa la legge vuol significare colle parole: « *Se si trova* nella *impossibilità* di soddisfarvi ». Che impossibilità è questa? Forse una impossibilità assoluta? La negativa è certa, poichè una simile

---

(1) POTHIER, *Del prestito di consumo*, n. 25. PONT, t. I, p. 86, nn. 195 e 196.
(2) DUVERGIER, *Del prestito*, p. 194, n. 168.

impossibilità non esiste mai in fatto di derrate. Bisognerebbe supporre, dicono gli scrittori, che le cose le quali hanno formato oggetto del prestito sieno state messe fuori di commercio, ma è un'ipotesi puramente scolastica. D'altronde il testo della legge implica che si tratti d'una impossibilità relativa al mutuatario. L'articolo 1903 non dice « se l'esecuzione dell'obbligazione diviene impossibile », il che sarebbe una impossibilità assoluta, ma bensì « se il mutuatario versa nell'impossibilità di soddisfare alla sua obbligazione », il che indica una impossibilità relativa. Resta a sapere quando si può dire che sia impossibile al mutuatario di restituire le cose in natura e della stessa qualità. Gli interpreti del diritto romano danno come esempio il caso in cui, durante una carestia straordinaria, il mutuatario fosse obbligato a comperare la cosa da un venditore il quale, conoscendo il bisogno che egli ne ha, abusasse della sua posizione per esigere da lui un prezzo esorbitante. Noi crediamo che bisogna estendere ancora il fatto dell'impossibilità a questa ipotesi. Le derrate saranno rincarite di molto per la carestia. Il mutuatario può non possedere la somma sufficiente per procurarsi derrate al prezzo a cui sono giunte. Ecco l'impossibilità relativa; l'obbligazione di restituire le cose prestate si traduce allora in una obbligazione di restituirne il valore.

Gli autori si mostrano molto meno rigorosi. Troplong dice che la stima può essere sostituita alla restituzione in natura ogni qualvolta vi sia pel mutuatario un danno troppo considerevole (1). Tanto vale cambiare il testo della legge. Altra cosa è il danno, altra l'impossibilità. La legge esige l'impossibilità, e ciò è fondato sui principii elementari che governano le obbligazioni. A termini dell'art. 1243, il creditore non può essere costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, sebbene il valore della cosa offerta sia uguale od anche maggiore. Il mutuatario deve dunque restituire la cosa in natura, anche quando ne soffrisse danno. L'equità che si invoca in un contratto di beneficenza sta a favore tanto del mutuante quanto del mutuatario. Il mutuante non deve perdere nel rendere un servizio al mutuatario. Vi ha un'alea nel prestito per conseguenza della variazione del prezzo delle derrate. In caso di carestia l'alea torna a danno del mutuatario, ma torna a suo favore negli anni d'abbondanza. Se egli approfitta delle buone eventualità, deve sopportare anche le cattive.

Duranton va più avanti. Egli insegna che l'art. 1903 deve ricevere applicazione in tutti i casi in cui il mutuatario, per qualsivoglia causa, non restituisca le cose nel termine convenuto. A che, infatti, egli dice, si può condannare un mutuatario di derrate prestate che non le restituisce se non a pagarne

(1) TROPLONG, *Del prestito*, n. 284. Cfr. PONT, t. I, p. 87, n. 199.

il valore? (1). La risposta si trova nell'art. 1243 che abbiamo trascritto, e che si limita a formulare questo principio elementare, che il debitore deve prestare ciò che deve e che il creditore ha diritto di esigere ciò che ha stipulato. Se il debitore rifiuta di adempiere la sua obbligazione, deve esservi costretto dall'esecuzione forzata che il giudice ordinerà. Questi autorizzerà il mutuante a procurarsi, a spese del mutuatario, cose della stessa quantità, specie e qualità. Tale è l'esecuzione diretta e forzata dell'obbligazione alla quale il mutuante ha diritto, a meno che il mutuatario non si trovi nella impossibilità di adempiere la sua obbligazione. Ecco il solo temperamento d'equità che la legge ammette. Andare oltre è disconoscere il diritto del mutuante e cancellare dall'art. 1903 la condizione d'impossibilità. Troplong dice benissimo che il mutuatario è debitore d'una cosa e non della sua stima. È questa cosa ch'egli deve pagare. Le circostanze rare ed eccezionali possono obbligare il creditore ad accettare una cosa diversa da quella che gli è dovuta; sarebbe contrario al diritto e all'equità estendere il beneficio dell'articolo 1903 a casi nei quali non vi fosse la stessa necessità. Solo che Troplong dimentica che egli stesso si è allontanato dalla legge permettendo al mutuatario di pagare il valore invece della cosa ogniqualvolta vi fosse per lui un danno troppo considerevole nel corrisponderla in natura (2).

Anche gli scrittori più precisi si lasciano trascinare dall'indulgenza fino ad allontanarsi intieramente dal testo. Aubry e Rau dicono essere evidente che la disposizione dell'art. 1903 s'applica egualmente al caso in cui al mutuatario, pur trovandosi in condizione d'eseguire la restituzione in natura, non lo fa (3). Proclamare l'evidenza è un'affermazione, ma dov'è la prova? Noi affermiamo il contrario, ed appoggiamo le nostre affermazioni sul testo della legge. Ma come? Il mutuatario s'obbliga a restituire le cose prestate nella stessa quantità, specie e qualità. Questa obbligazione è scritta nella definizione del mutuo (art. 1892). Poi, quando si tratta di soddisfarvi, egli dirà: Veramente lo potrei, ma non mi piace. Ecco un nuovo diritto e, aggiungiamo, una nuova equità. Il mutuatario riceve un beneficio, e mostra la sua riconoscenza violando le proprie obbligazioni. Si dirà che il mutuante, alla sua volta, mostra un rigore che non è in armonia col sentimento d'umanità che si deve supporre in lui, poichè ha fatto un prestito gratuito? Di che si lamenta egli mai, dal momento che il mutuatario gli restituisce il valore della cosa? Risponderemo alla questione esaminando quale sia il valore che il mutuatario è tenuto a rendere quando non restituisce le cose in natura.

507. L'art. 1903 distingue. Il mutuatario è tenuto a pagare il

(1) Duranton, t. XVII, p. 646, n. 588.
(2) Troplong, *Del prestito*, n. 285.
(3) Aubry e Rau, t. IV, p. 600, nota 4, § 395 (IV ediz.).

valore delle cose, avuto riguardo al tempo ed al luogo in cui doveva, a termini della convenzione, farsi la restituzione. Se non è stato determinato nè il tempo nè il luogo, il pagamento si fa secondo il valore corrente nel tempo e nel luogo in cui fu fatto l'imprestito. Se vi ha una convenzione, la decisione della legge è giustissima. Il mutuante ha diritto al valore che ha la cosa nel momento e nel luogo in cui dev'essere fatta la restituzione. Colla somma che gli vien pagata egli potrà procurarsi le derrate che il mutuatario non gli restituisce in natura. Il pagamento del valore equivale, in questo caso, al pagamento delle cose in natura. Ciò suppone che il debitore sia solvibile, e se lo è, non si vede ove sia l'impossibilità per lui di pagare in natura. Egli può comperare le derrate al prezzo corrente, per quanto elevato, al pari del mutuante.

Non così nella seconda ipotesi. Se nella convenzione non è stato determinato nè il tempo nè il luogo della restituzione, la legge decide che il mutuatario deve pagare le cose secondo il valore corrente nel tempo e nel luogo in cui fu fatto l'imprestito. Questa decisione, che deroga alla tradizione, deroga anche ai principii ed all'equità. D'ordinario, per non dir sempre, il prezzo delle derrate sarà aumentato, e quindi non risponderà più al valore delle derrate, al momento in cui il mutuatario rifiuterà di fare la restituzione in natura, invocando l'impossibilità. Se, in queste circostanze, egli paga il valore che avevano le cose all'atto dell'imprestito, il mutuante non potrà procurarsi, colla somma che riceverà, derrate della stessa qualità e quantità di quelle che ha date. Ciò è contrario all'intenzione delle parti contraenti ed all'essenza del contratto. Perchè la legge si contenta della restituzione di cose della medesima quantità, specie e qualità, senza aggiungere dello stesso valore? Perchè l'intenzione delle parti è che il mutuante riceva derrate in natura, le quali gli procurino lo stesso vantaggio di quelle che ha prestate, poichè sono destinate ad essere consumate. Se gli si restituisce una somma di denaro, invece delle derrate, e questa somma sia inferiore al prezzo attuale delle derrate, egli non potrà procurarsi, coi denari che il mutuatario gli paga, derrate della stessa quantità, specie e qualità di quelle che ha prestate. Si viola così la legge del contratto. Dal punto di vista dell'equità è evidente, e ci pare altrettanto certo anche dal punto di vista dei principii. La legge obbliga il mutuatario a pagare il valore avuto riguardo al tempo e al luogo in cui deve farsi la restituzione. Ecco il vero principio. L'art. 1903 applica questo principio quando vi ha una convenzione espressa relativamente al tempo e al luogo. Perchè non applicarlo quando vi ha una convenzione tacita? Il prestito implica sempre un termine. Sia tacito o espresso che importa? Se non esiste convenzione riguardo al tempo, il giudice deciderà secondo le circostanze della causa, dice l'art. 1900, e se non vi ha convenzione relativa al luogo, il pagamento deve farsi al domicilio del debitore, secondo

l'art. 1247, e quindi vi ha sempre un luogo ed un tempo convenuto. Nell'antico diritto si era adottata una decisione più pratica e più equa. Si considerava il tempo della domanda di restituzione fatta dal mutuante, e sarebbe stato ancora più giuridico e più equo decidere che il mutuatario deve il valore all'atto della sentenza, perchè è in quel momento che il mutuante deve procurarsi le derrate di cui ha bisogno (1).

La disposizione dell'art. 1903, contraria al diritto e all'equità, diviene ancora più iniqua se si ammette l'interpretazione che le danno la maggior parte degli scrittori. Secondo questa opinione, il mutuatario non ha bisogno d'invocare l'impossibilità in cui si trova di restituire le cose in natura: egli non le restituisce, perchè tale è il suo beneplacito. Tanto vale permettergli di speculare a spese del mutuante, nel caso in cui la convenzione non ha determinato espressamente il tempo e il luogo della restituzione. Se il prezzo delle derrate è ribassato dopo il giorno del contratto, il mutuatario restituirà in natura; se è aumentato, pagherà il valore del tempo del prestito. Constatiamo la conseguenza che deriva dall'opinione generale, perchè essa attesta contro di essa.

508. Nell'applicazione dei principii che abbiamo esposti si è presentata una singolare difficoltà. Era questione del prestito di cento azioni della ferrovia del Nord, con facoltà nel mutuatario di disporne e coll'obbligo di restituirle entro diciotto giorni. La restituzione non ebbe luogo nel termine stipulato, 15 novembre 1847. In quel momento le azioni erano quotate al corso medio di trecentosessantotto lire e settantacinque contesimi. Dopo avere invano reclamato la restituzione delle azioni per corrispondenza, il mutuante intentò un' azione giudiziale il 23 agosto 1848. Il mutuatario gli offrì allora cento azioni al corso del giorno. Il mutuante rifiutò, in causa del deprezzamento che le azioni avevano subito, e sostenne che il mutuatario doveva rimborsargli il valore delle azioni al termine convenuto, ossia cinquecentosessantotto lire e settantacinque centesimi per azione. Era il caso di applicare l'art. 1903? Il mutuatario lo contestava. La legge, egli dice, è fatta pel caso che il mutuatario si trovi nell'impossibilità di restituire la cosa in natura. Ora, nel caso concreto, il mutuatario offriva la restituzione in natura. Il tribunale della Senna ordinò la consegna delle azioni al mutuante, entro otto giorni dalla notifica della sentenza, e al corso del giorno della consegna, ma, considerando che il mutuatario aveva recato un danno al mutuante, non restituendo le azioni il giorno fissato dalla convenzione, lo condannò a pagare, a titolo di danni ed interessi, la somma costituente la differenza fra il corso del 15 novembre 1847 e quello del giorno della consegna.

---

(1) Vedi, in senso diverso, TROPLONG, nn. 287-296. POTHIER, *Del prestito di consumo*, nn. 40 e 41. AUBRY e RAU, t. IV, p. 600, nota 5, § 395 (IV ediz.).

Prodottosi appello, la Corte condannò il mutuatario a restituire, non le azioni al corso del giorno della consegna coi danni ed interessi, ma il valore di queste azioni al corso del 15 novembre 1847. Il risultato era identico, ma il modo di restituzione era diverso. Sentiamo i motivi della Corte. Il mutuatario, essa dice, deve restituire cose della stessa qualità. Che cosa è la qualità di un'azione industriale? Le azioni non hanno altra qualità che quella che attribuisce loro il valore venale al corso del giorno in cui deve farsi la restituzione. Ne consegue che il mutuatario è nell'impossibilità di restituire azioni della stessa qualità, quando il corso del giorno della restituzione reale è diverso dal corso del giorno della restituzione obbligatoria. Dunque, nel caso concreto, il mutuatario era nell'impossibilità di restituire azioni della stessa qualità, e quindi doveva restituirne il valore al corso del giorno in cui doveva effettuarsi la restituzione, vale a dire al 15 novembre 1847.

Si ricorse per cassazione. La Corte pronunciò una sentenza di rigetto, decidendo che la sentenza impugnata aveva fatto una giusta applicazione degli articoli 1902, 1903 e 1904 (1). Questa decisione ci lascia qualche dubbio. È vero il dire che la *qualità* di un'azione consiste nel valore ch'essa ha al corso della Borsa? Non si confonde in tal modo la *qualità* col *valore* della cosa? Tutte le derrate hanno un valore variabile, di rialzo e di ribasso, al pari delle azioni, e quindi non vi è, sotto questo rapporto, alcuna differenza fra le azioni e le derrate. A dire il vero, la qualità di un'azione si confonde colla sua specie. Quando sono date in prestito azioni del Nord, il mutuatario deve restituire azioni del Nord. Restituendo azioni del Nord, egli restituisce ciò che ha ricevuto, un valore variabile per sua natura, ma accade lo stesso delle derrate. Non si può dire che, se l'azione ribassa, il mutuatario versa nell'impossibilità di restituirla, perchè essa non ha più la stessa qualità: essa conserva la sua qualità di valore variabile nelle mani del mutuatario, come l'avrebbe conservato nelle mani del mutuante, se non fosse stata prestata. Il mutuante non può dunque lagnarsi in caso di ribasso, perchè l'azione sarebbe egualmente ribassata se non l'avesse prestata. Ma l'azione può anche rialzare. Se rialza, bisognerà dire colla Corte suprema ch'essa non ha più la stessa qualità, che la restituzione non può farsi in natura, che, per conseguenza, vi ha luogo a restituire il valore al corso del giorno in cui la restituzione deve effettuarsi. Se il mutuatario restituisce il giorno fissato dal contràtto, la questione non ha alcun interesse, poichè egli può immediatamente comperare azioni al corso del giorno colla somma che rappresenta questo corso. Ciò prova che la pretesa impossibilità è una finzione. Nel caso concreto, la restituzione, che doveva farsi il 15 novembre 1847, avvenne due

---

(1) Rigetto, 8 giugno 1850 (DALLOZ, 1850, 1, 201).

anni più tardi, poichè la sentenza della Corte d'appello è del 29 novembre 1849. Supponiamo che, in questo lungo lasso di tempo, le azioni avessero continuato a rialzare. Che cosa avrebbe restituito il mutuatario, secondo il sistema consacrato dalla giurisprudenza? Avrebbe detto che, non avendo più le azioni la stessa qualità, era nell'impossibilità di restituirle in natura, e quindi avrebbe invocato l'art. 1903, offrendo al mutuante il valore delle azioni al 15 novembre 1847, valore molto minore di quello che le azioni avevano, secondo la nostra supposizione, al 29 novembre 1849. E se è vero che il valore di un'azione ne costituisce la qualità, il mutuante avrebbe avuto, nel 1849, valori diversi da quelli che aveva prestato, il che ci pare contradditorio.

Sembra a noi che il tribunale della Senna avesse meglio giudicato ordinando la restituzione delle azioni. Rialzino o ribassino, le azioni restano sempre identiche, e quindi la loro restituzione può sempre farsi in natura. Se ribassano, il mutuante sarà in perdita; se rialzano, approfitterà del rialzo, senza che si possa dire che perde o che guadagna in conseguenza del prestito. Ciò dipende dalla natura variabile della cosa prestata. Egli ha prestato un valore variabile; gli si restituisce un valore variabile. Diversa era la questione di sapere se il mutuante aveva diritto a danni ed interessi pel motivo che il mutuatario non aveva restituito la cosa il giorno convenuto. Su questo punto, a nostro avviso, il tribunale aveva mal giudicato accordando al mutuante, a titolo di danni ed interessi, l'ammontare della differenza fra il corso delle azioni al momento della restituzione obbligatoria e il corso all'atto della restituzione reale. Era il caso d'applicare l'art. 1904, che esamineranno più avanti.

509. Abbiamo supposto fin qui che il prestito di consumo abbia per oggetto derrate, ma d'ordinario la cosa prestata è una somma di denaro. La legge contiene una disposizione speciale intorno alla restituzione del danaro prestato. Abbiamo già spiegato l'art. 1895, trattando del pagamento. Il principio che la legge segue, in questo caso, è tutto diverso da quello che governa la restituzione delle derrate. Gli articoli 1892 e 1902 prescrivono la restituzione nella stessa quantità, specie e qualità. La legge non parla del valore (n.° 505). L'articolo 1895, al contrario, pone il principio che il mutuatario d'una somma di denaro restituisce la somma numerica portata nel contratto, nelle specie in corso al tempo del pagamento; di modo che, se vi è stato aumento o diminuzione nelle specie egli paga in base al loro valore legale. Così la legge non tien conto che di questo valore, all'atto della restituzione, senza considerare se il valore legale delle specie pagate risponda al valore intrinseco dell'oro o dell'argento al momento del prestito. Questo modo di restituzione è stato censurato, ed a ragione. Se il pezzo d'una lira viene ad essere ribassato da cinque a quattro grammi, il debitore potrà dare in pagamento pezzi così ridotti, benchè restituisca un

quinto meno di quello che ha ricevuto. Lo Stato può fare vergognose speculazioni che, in realtà, costituiscono una bancarotta parziale, ma se lo Stato manca ai suoi obblighi, non è questa una ragione per autorizzare i privati a mancare ai loro (1). Fortunatamente i Governi diventano più saggi, essi hanno finito per convincersi ch'era un cattivo mezzo d'arricchirsi quello di alterare il valore delle monete, il che equivale quasi a fabbricare moneta falsa.

510. L'art. 1896 soggiunge: « La regola contenuta nel precedente articolo non ha luogo, se il prestito fu fatto in verghe metalliche ». Boutteville, nel suo rapporto al Tribunato, spiega la ragione della differenza che la legge stabilisce fra la restituzione d'una somma di denaro e la restituzione d'un prestito fatto in verghe metalliche. Quando si tratta d'un prestito di denaro, i pezzi forniti dal mutuante al mutuatario non sono identicamente quelli che il debitore s'obbliga a restituire, ma una somma eguale a quella enunciata nel contratto, e la somma si restituisce naturalmente in ispecie aventi corso nel giorno convenuto per la restituzione. Il mutuante non può lagnarsi che le specie che gli si restituiscono abbiano un valore intrinseco minore di quello delle specie ch'egli ha dato al mutuatario, perchè il prestito non cade sulle specie, ma ha per oggetto una somma, e questa somma gli viene restituita. Se, al contrario, il prestito consiste in verghe metalliche, il prestito cade sopra una merce avente un valore intrinseco, la quale deve essere restituita nella stessa quantità e qualità, come ogni merce o derrata, e quindi si rientra nella regola generale del prestito di consumo. Io prendo a mutuo due marchi d'argento al tal titolo. Al momento del contratto, il marco vale cinquanta lire. Il denaro, come ogni merce, ha un corso variabile. Al momento della restituzione, il marco può valere cinquantadue lire o quarantotto. Questo valore in più o in meno non è preso in considerazione: la qualità dell'argento, vale a dire il titolo, è il solo elemento di cui si tien conto. Così, secondo il sistema del codice, il denaro in verghe metalliche è una merce e cessa d'essere una merce quando è monetata (2).

511. « Se il mutuatario non restituisce le cose prestate o il loro valore nel termine convenuto, deve corrispondere l'interesse dal giorno della domanda giudiziale » (art. 1904). La legge applica al prestito il principio che stabilisce nell'art. 1153, riguardo ai danni ed interessi che il debitore deve nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro. Questi danni ed interessi consistono nella condanna agli interessi fissati dalla legge, e quindi sono fissi, mentre nelle altre obbligazioni variano da

---

(1) Pont, *Dei piccoli contratti*, t. I, p. 91, n. 210.
(2) Boutteville, *Relazione*, n. 6 (Locré, t. VII, p. 281). Duranton, t. XVII, p. 632, n. 576. Duvergier, p. 213, n. 176.

un caso all'altro, a seconda della perdita che il creditore ha fatto e del guadagno di cui è stato privato. Abbiamo detto la ragione di tale principio spiegando l'art. 1153. Esso offre al creditore questo vantaggio, che ha diritto agli interessi moratorii senza che sia tenuto a giustificare alcuna perdita, ma il principio presenta un grande inconveniente pel creditore, cioè che questi può non essere indennizzato della perdita che risente dall'interesse legale che riceve. Sotto questo rapporto, la disposizione dell'art. 1904 fu censurata. Per giustificarla, si dice che essa è pratica (1). È vero che evita le difficoltà della prova, le lungaggini e le spese delle procedure, ma la giustizia va anteposta anche alla facilità che le parti trovano in una regola che tronca la contestazione. Dopo tutto le difficoltà della prova riguardano le parti interessate. Se esse vogliono assoggettarvisi, perchè il legislatore impone loro una regola che le danneggia?

Si domanda a quali casi si applica la disposizione dell'art. 1904. Quando il prestito ha per oggetto una somma di denaro, si comprende che il legislatore si attenga alla regola generale che ha stabilita nell'art. 1153. Ma il prestito può avere per oggetto anche derrate, merci. Se il debitore non le restituisce nel termine convenuto, la perdita che il creditore subisce può essere molto più grande di quella dell'interesse legale della somma che rappresenta il valore delle derrate. Dovrà egli ciò non ostante contentarsi di questo interesse? L'affermativa non è dubbia. Il testo dell'art. 1904 decide la questione. Esso non parla d'una somma prestata, ma dice che il mutuatario deve l'interesse se non restituisce le cose prestate nel termine convenuto. La parola *cose* comprende le derrate e le merci. Sotto questo rapporto l'art. 1904 è un'estensione della regola stabilita dall'art. 1153 (2). Si è tentato di limitare l'art. 1904 al prestito che ha per oggetto una somma di denaro, ma questa interpretazione è in contrasto col testo del codice. Aubry e Rau hanno abbandonato, nella loro ultima edizione, l'opinione che avevano prima insegnata sulle traccie dello Zachariae (3).

---

(1) TROPLONG, *Del prestito*, n. 301.
(2) PONT, *Dei piccoli contratti*, t. I, p. 96, n. 219. PONT attribuisce a torto l'opinione contraria a DURANTON (t. XVII, p. 651, n. 590).
(3) AUBRY e RAU, t. IV, p. 600, nota 6, § 395 della IV ediz.

CAPO IV.

Del mutuo ad interesse.

512. A termini dell'art. 1905, « è lecita la stipulazione degli interessi nel semplice prestito di danaro, di derrate o di altre cose mobiliari ». Per semplice prestito la legge intende il prestito di consumo. È l'espressione usata dall'art. 1874. Ne consegue che il prestito ad interesse non è che una modificazione del prestito di consumo. Gratuito per sua natura, può divenire interessato. Dovrà dirsi per questo che il prestito ad interesse abbia assolutamente gli stessi caratteri del prestito di consumo? No. Anzitutto esso cessa d'essere un contratto di beneficenza per divenire un contratto a titolo oneroso o commutativo. Abbiamo detto più sopra le conseguenze che risultano da tale differenza (n.° 501). Non si deve andare oltre e dire che il prestito a interesse è un contratto sinallagmatico, mentre il semplice prestito è un contratto unilaterale? La negativa, generalmente insegnata, non è dubbia. L'art. 1102 dispone che il contratto è bilaterale quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri. Ora, il mutuatario contrae una nuova obbligazione quando l'atto stipula che dovrà pagare gli interessi, ma il mutuante non è obbligato più nel prestito ad interesse che nel prestito semplice. E' vero che il prestito fatto sotto forma di vendita va soggetto alla condizione risolutiva tacita, nei casi previsti dall'art. 1912, e siccome la condizione risolutiva tacita non è sottintesa che nei contratti sinallagmatici, si potrebbe indurne che la legge consideri il mutuo ad interesse come un contratto sinallagmatico. Ma se questo argomento fosse decisivo, bisognerebbe indurne che ogni prestito di consumo è un contratto sinallagmatico, e bisognerebbe estendere questa conseguenza anche al prestito ad uso, poichè la legge sembra imporre delle obbligazioni al mutuante tanto nel comodato quanto nel prestito di consumo. Noi abbiamo insegnato il contrario. L'art. 1902 non può cambiare la natura delle cose trasformando in bilaterale un contratto che è unilaterale, in forza della definizione stessa del codice civile. La legge avrebbe potuto sottintendere la condizione risolutiva in ogni contratto unilaterale o bilaterale, e quindi ha potuto estendere ad un contratto unilaterale, il mutuo ad interesse sotto forma di rendita, il principio della condizione risolutiva tacita, senza perciò trasformare questo contratto in contratto bilaterale.

513. L'art. 1905 dice che è *lecita* la stipulazione degli interessi nel prestito semplice. Ciò implica che la stipulazione di interessi non fu sempre consentita. In generale, la legge non dice ciò ch'essa permette, perchè, in materia di contratto, essa concede tutto, salvo ciò che è contrario ai buoni

costumi e all'ordine pubblico. Dicendo che è permessa la stipulazione degli interessi, il codice consacra definitivamente il principio già stabilito dalla legislazione rivoluzionaria, ma deroga nel tempo stesso alla tradizione cattolica. La carità e lo spiritualismo cristiano hanno indotto i Padri della Chiesa ed i Concilii a riprovare il mutuo ad interesse. Noi abbiamo riportato altrove i passi dei santi Padri (1). Si possono leggere nella prefazione, più completa, di Troplong. Essi arrivano perfino a chiamare ladri, briganti e parricidi i creditori che prestano denaro ad interesse. Questi eccessi non appartengono ormai più che alla storia. I cattolici moderni non sanno nemmeno dirci da qual ragione questi eccessi procedano; essi ignorano la loro propria tradizione. Non si intese in un congresso cattolico proporre di cristianizzare i capitali? Se si trattasse d'una dottrina filosofica, questa rivoluzione nei sentimenti e nelle idee non avrebbe nulla che non fosse naturale. Gli uomini, soggetti ad errare, sono anche perfettibili. Ma la chiesa pretende d'essere infallibile ed ha riconosciuto al suo capo questo privilegio che non spetta che a Colui che è la perfezione. Non è inutile constatare che tutti questi pretesi infallibili, papi e concilii, si sono grossolanamente ingannati proscrivendo come illecite delle convenzioni le quali non costituiscono che l'uso legittimo della proprietà. Qui la storia dà una smentita all'orgogliosa pretesa della Chiesa. Ciò che rende questa smentita assai più crudele è ch'essa risale a colui che la Chiesa ha deificato per poggiare la sua autorità sull'autorità stessa di Dio. È a titolo di diritto divino che i papi ed i concilii hanno vietato il mutuo ad interesse, ed accade che il diritto divino, invocato per secoli, non è che un errore secolare.

La storia ci offre anche un altro insegnamento in questa materia. Quei medesimi che condannano gli eccessi dello spiritualismo cristiano onorano il cristianesimo pei sentimenti di carità e di perfezione morale che l'hanno inspirato. Ecco un altro errore ed una delusione ugualmente pericolosa. L'uomo è un essere eminentemente imperfetto: quando gli si vuol imporre la perfezione, se ne violenta la natura, il che conduce fatalmente ad un eccesso opposto. Nel medio evo le monache erano paragonate agli angeli: sembrava infatti che vivessero una vita angelica, osservando la castità e dispregiando ogni interesse personale, al punto che le più perfette condannavano persino la proprietà collettiva della comunità. Ma si videro e si vedono anche oggi all'opera queste perfezioni: gli angeli di purezza sono assai spesso demoni d'impurità. Non diversamente accade della riprovazione della proprietà e del mutuo ad interesse. A prender sul serio la perfezione evangelica, la vita dell'umanità si sarebbe arrestata, perchè la perfezione avrebbe condotta la

---

(1) Vedi i miei *Studii sulla storia dell'umanità*, t. IV e VII.

morte. Lo hanno osservato i giureconsulti, intelletti essenzialmente pratici. Coquille dice che gli insegnamenti e le regole della Chiesa erano contrarie alla conservazione dell'umana società (1). Infatti i teologi, nel loro stolto spiritualismo, si spingevano sino a riprovare qualunque commercio, come maledetto da Dio: a dar loro retta si sarebbe dovuto cacciare dal tempio tutti coloro che acquistavano per rivendere! (2).

A che conduce questa perfezione sublime? Alla più miserabile soperchieria. Bisognava conciliare le esigenze della vita reale coi divieti di diritto divino. Come si procedette? Vennero escluse le proibizioni dei canoni e delle leggi civili mediante combinazioni che saranno onta eterna della teologia cattolica. Rimandiamo il lettore a Pascal e alle immortali sue invettive contro i Gesuiti, che si pretendono per eccellenza i discepoli di Gesù Cristo. Non dobbiamo colpire gli uomini, ma la dottrina. Montesquieu scrive che « la leggi estreme nel bene creano i mali estremi » (3). Questa profonda frase è la condanna del celibato e della carità cristiana, la quale nella sua esagerazione, distrugge ogni vita individuale, vale a dire il germe e il principio del perfezionamento.

514. La stipulazione d'interessi è permessa in ogni prestito sia di denaro, sia di derrate od altre cose mobiliari. Ma, perchè l'interesse sia dovuto, bisogna che sia stipulato. È una conseguenza del principio che il mutuo ad interesse è un prestito di consumo. Ora il prestito è un contratto di beneficenza gratuito per sua natura, e non diviene interessato che per la stipulazione delle parti contraenti. Che cosa si deve intendere per stipulazione? È necessaria una clausola espressa perchè il mutuatario debba pagare gli interessi? La legge non lo esige. La parola *stipulare* di cui si serve l'art. 1905 è sinonima di contrattare o convenire. Così si dice del creditore che acquista un diritto, come del debitore si dice *promettere*. Le due espressioni indicano il concorso di consenso che è necessario perchè si formi un contratto. Così tutto ciò che il codice vuole si è che le parti consentano. Ora, la legge non prescrive alcuna forma per l'espressione del consenso. Si può sostenere soltanto che il consenso deve essere espresso. Infatti la stipulazione d'interessi è un'eccezione alla regola in forza della quale il prestito è gratuito. Ora, ogni eccezione deve essere stipulata nel senso ch'essa non può risultare che da una clausola del contratto. Ma anche questo è dubbio. Tutto quello che si può esigere è una convenzione. Ora, la convenzione può essere tanto tacita quanto espressa. Basta che la volontà sia chiaramente provata.

515. La giurisprudenza è esitante, ma piuttosto restrittiva

---

(1) GUY COQUILLE, *Sulla consuetudine del Nivernese*, tit. II, art. 15.
(2) Si vegga la dottrina di ENRICO di Gand, in TROPLONG, *Prefazione*, p. LVI e seguenti.
(3) MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, lib. XXII, cap. XXI.

che favorevole alla stipulazione d'interessi. Questa tendenza non è in armonia collo spirito della legge. Non si può dire ch'essa vegga sfavorevolmente la stipulazione d'interesse; essa reagisce al contrario, contro una legislazione favorevole. Nulla è più lecito che la stipulazione d'interessi, e nulla è più naturale perchè le liberalità non si presumono. Si sarebbe dunque potuto porre per principio che ogni prestito di denaro obbliga il mutuatario a pagare gli interessi della somma prestata. Per la stessa ragione si deve ammettere facilmente che il mutuante non dà i suoi capitali senza stipulare gli interessi come compenso del godimento di cui si priva. Citeremo alcune applicazioni sulle quali vi ha controversia.

Il contratto reca la stipulazione d'un termine colla clausola « *senza interesse per questo tempo* ». Se il mutuatario non paga alla scadenza, gli interessi decorreranno di pien diritto nel senso che non occorra una nuova stipulazione nè una domanda giudiziale per farli decorrere? La Corte d'Agen ha giudicato in senso negativo, pel motivo che gli interessi non decorrono che in forza d'una stipulazione. Senza dubbio, ma la questione sta precisamente nel sapere se vi ha stipulazione nella clausola litigiosa. Dire che il mutuatario non pagherà interessi se rimborsa il capitale alla scadenza del termine non è quanto dire che egli deve gli interessi dopo la scadenza se non lo rimborsa? È tanto vero che tale è il significato naturale della clausola « *senza interessi per questo tempo* » che la Corte d'Agen confessa che la clausola diviene inutile interpretandola come essa fa. Ora, si possono interpretare le convenzioni in modo da non attribuir loro alcun effetto? (art. 1157). Occorre una stipulazione *formale*, dice la Corte, e, nel dubbio, bisogna pronunciarsi in favore del debitore (art. 1162) (1). Rispondiamo che la Corte fa un'aggiunta alla legge. L'art. 1905 *non* dice che sia necessaria una stipulazione *formale*. Inoltre lo scopo dell'articolo non è di determinare in qual modo deve farsi la stipulazione d'interessi, ma di derogare all'antico diritto, sanzionando una facoltà naturale che il diritto canonico rifiutava alle parti contraenti. La legge accorda una facoltà, non impone una restrizione. Quanto alla massima, che nel dubbio la convenzione s'interpreta contro il creditore e in favore del debitore, essa suppone che vi sia dubbio, ed è qui precisamente dove sta la questione. Se, come noi sosteniamo, la clausola litigiosa significa che il debitore deve pagare gli interessi dopo la scadenza, non vi ha più dubbio. La Corte decide dunque la questione colla questione.

Vi hanno sentenze in senso contrario. Si legge in una pronunzia della Corte di Tolosa: « Pattuire che gli interessi non saranno pagati fino ad un determinato tempo equivale a dichia-

---

(1) Agen, 19 giugno 1824 e 19 marzo 1833; Bourges, 28 maggio 1827 (DALLOZ, v. *Prêt à intérêts*, n. 25).

rare ch'essi sono dovuti, ma che la loro percezione è sospesa finchè non sia spirato il termine stabilito; di modo che, pel solo effetto della scadenza del termine, gli interessi devono essere pagati ». La Corte di Bordeaux s'è pronunciata nello stesso senso (1).

516. Il mutuatario s'obbliga colla convenzione a rimborsare il capitale entro un dato termine, e di pagarne gl'interessi fino a quel tempo. Egli non rimborsa. Dovrà gli interessi a partire dalla scadenza, senza nuova convenzione e senza giudiziale domanda? A nostro avviso l'affermativa è certa. Tale è pure l'opinione di Merlin (2). In questo caso è certo che gli interessi sono stipulati. Essi decorrono in forza della convenzione, fino al tempo fissato per il rimborso. Devono cessare di decorrere, in forza della convenzione primitiva, a partire da quel tempo? Occorre un'interpretazione più che giudaica per decidere così. La clausola reca « *con interessi fino al dato tempo* », dunque si dice « *senza interessi dopo quel tempo* ». Ciò significa stare alla legge per far dire alle parti il contrario di quello che hanno voluto. Stipulando che il rimborso si farà entro un anno, e che il mutuatario pagherà gli interessi fino allora, le parti intendono che il debitore pagherà gli interessi per tutta la durata del prestito. Nel loro pensiero il prestito deve cessare dopo un anno, e quindi anche gl'interessi devono cessare di decorrere. Se ne conchiuderà che, se il prestito continua per non avere il debitore adempito le sue obbligazioni, questi non dovrà più gli interessi? Ciò non ha senso. Vi sono però sentenze in favore dell'opinione contraria. La presunzione, dice la Corte di Bourges, qualunque possa essere, non può supplire la convenzione richiesta dalla legge. Chi dunque invoca una presunzione? Noi invochiamo il testo e lo spirito del contratto. Gli interessi, dice la Corte di Bordeaux, non essendo stipulati (nella specie) che per due anni, non possono essere richiesti dopo questo termine, che in forza d'una nuova convenzione o d'una domanda giudiziale (3). Non è esatto il dire che l'interesse non è stipulato che per due anni. Questo termine è quello della durata del prestito. Dire che gli interessi sono dovuti per due anni, quando il prestito deve cessare dopo tal tempo è quanto dire che il debitore pagherà gli interessi per tutta la durata del prestito. Il termine di due anni non ha dunque nulla di restrittivo; è una conseguenza della durata del prestito. Il prestito continuando, anche gli interessi continuano. Si può supporre un'intenzione contraria nelle parti contraenti? Il mutuante non ha voluto anticipare i suoi capitali che dietro interesse, ha voluto essere rimborsato entro due anni, quindi la volontà ben certa delle parti contraenti è che il mutuatario

(1) Tolosa, 19 gennaio 1844, Bordeaux, 28 maggio 1832 e 11 aprile 1839 (DALLOZ, v. *Prêt à intérêts*, n. 27).

(2) MERLIN, *Questioni di diritto*, v. *Prescriptin hypothécaire*, § I (t. VIII, p. 324).

(3) Bourges, 25 aprile 1826, Bordeaux, 2 maggio 1826 (DALLOZ, *Prêt à intérêts*, n. 29, 1.° e 2.°), e 1.° marzo 1832 (DALLOZ, v. *Prescription*, n. 1057, 2.°).

non goda dei capitali se non pagandone il godimento. Eppure si esonera il debitore dal pagamento degli interessi, perchè non adempie l'obbligazione contratta di rimborsare la somma prestata!

517. Si fa eccezione al principio dell'art. 1905 in materia commerciale? Si insegna che in materia di commercio gli interessi sono dovuti senza stipulazione quando l'obbligazione di pagarli risulti dalla natura della convenzione, sia dall'uso dei luoghi, e Massè soggiunge che nussuna legge sottopone ad una forma particolare la prova della stipulazione d'interessi (1). La questione essendo estranea al nostro lavoro ci contenteremo di rispondere che il diritto civile è il diritto comune, e quindi il prestito commerciale è soggetto alla regola dell'art. 1905. Il legislatore avrebbe senza dubbio potuto e dovuto ammettere un'eccezione per i prestiti fatti dai commercianti, poichè queste convenzioni sono per loro natura interessate, ma non l'ha fatto, e quindi la regola civile deve ricevere applicazione. L'uso che si invoca ha senza dubbio grande influenza nelle materie commerciali, ma solo nel silenzio del codice. Nessuno sosterrà che gli usi commerciali abbiano potenza di derogare alla legge. Rimane la questione della prova, che a torto si confonde con quella di sapere se occorra una convenzione per far decorrere gli interessi. La prova della stipulazione degli interessi resta sotto l'impero del diritto comune salvo la deroga che vi apporta l'articolo 1907 in quanto riguarda la determinazione del tasso dell'interesse convenzionale. Ritorneremo sul. l'argomento. Diversa è la questione di sapere se occorre una convenzione, L'art. 1905, conforme in questo ai principii generali di diritto, implica che occorre una stipulazione. Questa regola è generale, e quindi applicabile alle convenzioni commerciali; il che decide la questione.

518. Quando vi ha una stipulazione d'interessi. la prova del pagamento di questi si fa secondo il diritto comune. L'articolo 1908 deroga ai principii generali sulla prova nel caso in cui il creditore ha rilasciato quitanza per il capitale senza riserva degli interessi. Questa quitanza fa presumere il pagamento degi interessi e ne produce la liberazione. In generale il debitore che pretende di aver pagato gli interessi deve darne la prova. Nel caso dell'art. 1908 egli ne è dispensato, poichè la legge stabilisce in suo favore la presunzione di liberazione, e la presunzione legale esonera da qualunque prova colui a favore del quale essa ha luogo (art. 1352). Quale è il fondamento di questa presunzione? Al pari di ogni altra, si fonda sopra una probabilità. Quando il creditore ha diritto al capitale e agli interessi, è interessato a che questi siano pagati prima del capitale, perchè il capitale non sal-

---

(1) PARDESSUS, *Diritto commerciale*, t. II, n. 470; MASSÉ, *Diritto commerciale*, t. IV, n. 1691). In senso contrario, PONT, t. I, p. 111, n. 250, e la giurisprudenza (*ibid.*, p. 112, nota 1).

dato produce interessi, mentre gli interessi scaduti non creano interessi se non in forza di una domanda giudiziale o di una nuova convenzione, e sotto la condizione che si tratti d'interessi dovuti almeno per un anno intiero (art. 1154). Inoltre gli interessi si prescrivono in cinque anni (art. 2275), mentre il capitale non si prescrive che in trent'anni (art. 2262). La legge stessa tien conto di queste differenze, disponendo che il pagamento fatto sul capitale e gli interessi, ma non integrale, s'imputa anzitutto sugli interessi. A maggior ragione deve la legge presumere che il creditore non rilascerà quitanza del capitale quando gli sono dovuti ancora gli interessi perchè è contrario ad ogni probabilità che il creditore imputi il pagamento sul capitale, quando gli interessi non fossero pagati.

Questa presunzione ammette la prova contraria? La questione è controversa. Secondo l'art. 1352, non è ammessa prova veruna contro la presunzione della legge quando, sul fondamento di questa presunzione, essa neghi l'azione in giudizio. Si tratta di sapere se si può dire che la legge neghi l'azione in giudizio. A nostro avviso, l'affermativa non è dubbia. Tutti riconoscono che, nel caso previsto dall'art. 1282, la prova contraria non è ammessa contro la presunzione di liberazione che la legge stabilisce in favore del debitore, quando il creditore gli consegna volontariamente la privata scrittura originale che constata il debito. La ragione si è che in questo caso la legge nega l'azione in giudizio al creditore, non nel senso che gli sia vietato di agire contro il suo debitore; ma, se agisce, sarà respinto coll'eccezione risultante dalla prescrizione. Questa eccezione è perentoria, poichè la legge dice ch'essa prova la liberazione. Dev'essere lo stesso nel caso previsto dall'art. 1908, poichè anche in questo caso la legge dice che la quitanza, senza riserva degli interessi, *produce la liberazione* (1). Si obbietta che è forzare il senso delle parole dire che la legge, stabilendo una presunzione di liberazione, nega l'azione in giudizio. Occorrerebbe, si osserva, una disposizione *formale* che, senza *alcun equivoco*, negasse l'azione in giudizio, perchè fosse applicabile l'eccezione dell'art. 1352 (2). La nostra risposta è semplice e decisiva. Interpretando così la disposizione dell'art. 1352, la si cancella dal codice, perchè la legge non nega mai in termini formali l'azione in giudizio.

Dicendo che non è ammessa la prova contraria, bisogna fare un'eccezione per il giuramento e la confessione giudiziale, secondo l'art. 1352, come abbiamo spiegato al titolo delle *Obbligazioni*. Questo corregge ciò che l'art. 1352, applicato al caso previsto dall'art. 1908, sembra avere di troppo rigoroso.

---

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 602, nota 8, § 396; TROPLONG, n. 414; MOURLON, t. III, p. 390, n. 987.

(2) DURANTON, t. XVII, p. 672, n. 606; DUVERGIER, p. 353, n. 260; PONT, t. I, p. 148, n. 320.

519. L'art. 1908 suppone che il debitore paghi tutto il debito capitale, e che il creditore ne rilasci quitanza senza parlare degli interessi. Se ne deve conchiudere che la legge non è applicabile al pagamento parziale del debito? Il caso si è presentato davanti la Corte di cassazione. Nella specie era stata pagata sopra un prezzo di vendita una somma di trentamila lire. Restava un residuo di ventimila, quando il compratore fallì. La vendita fu risolta, e si procedette alle restituzioni. Il venditore restituì le trentamila lire che aveva ricevuto, ma si sostenne che doveva restituire anche gli interessi delle ventimila lire che si presumevano pagate, in forza dell'art. 1908. La Corte di Montpellier giudicò che la presunzione dell'art. 1908 non era applicabile al caso concreto, poichè essa suppone una quitanza del prezzo senza riserva degli interessi. Ora, non vi era e non poteva esservi quitanza delle ventimila lire non pagate, e quindi il debitore non poteva invocare la presunzione legale. Era dunque il caso di applicare i principii generali che reggono la prova. Il debitore, non avendo alcuna presunzione in suo favore, doveva provare direttamente che aveva pagato gli interessi della parte del prezzo che restava dovuto. Questa decisione è stata criticata a torto, secondo noi (1). Si dice che, per principio, quando è pagata soltanto una parte del prezzo, il creditore è giustamente e naturalmente portato a fare l'imputazione di ciò che riceve anzitutto sugli interessi scaduti, senza distinzione alcuna fra gli interessi corrispondenti alla parte ancora dovuta del suo credito e quelli che provengono dalla porzione che riceve. Ciò è vero, perchè l'utilità per lui di procedere così non è minore nel caso d'un pagamento parziale che nel caso d'un pagamento integrale. Ma dal fatto che la cosa è probabile si conchiuderà che è presunta? Sarebbe confondere le presunzioni dell'uomo colle presunzioni della legge. Le presunzioni legali non possono mai essere estese nemmeno per analogia. Ora, si estenderebbe la presunzione dell'art. 1908, che suppone una quitanza del debito senza riserva d'interessi, applicandola ad un caso in cui non vi è e non può esservi quitanza. Ma gli è appunto sul fatto che il creditore rilascia quitanza, senza riservare gli interessi, che la legge fonda la presunzione del pagamento di questi interessi. Dunque, nel caso di un pagamento parziale, manca tanto la ragione della presunzione quanto il testo di legge.

520. Si è presentata un'altra difficoltà riguardo alla prova. Un atto di mutuo non indica la data del versamento della somma prestata, donde controversia per sapere da qual giorno siano dovuti gli interessi. Il mutuante domandò di stabilire con presunzioni il momento in cui la somma era stata contata. Vi era un motivo di dubitare, non riguardo alla prova per presunzioni che il mutuante allegava, perchè si trattava di materia com-

---

(1) Rigetto, 8 maggio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 244).

merciale, la quale ammette la prova testimoniale e, per conseguenza, le presunzioni indefinitamente, vale a dire anche quando l'oggetto del litigio ecceda la somma di centocinquanta lire. Ma si sosteneva che, secondo il diritto comune, al quale il diritto commerciale non deroga, la prova testimoniale e, per conseguenza, le presunzioni non erano ammesse, perchè si trattava di prova contro ed in aggiunta al contenuto nell'atto. In ogni materia, si diceva, gli scritti valgono più dei testimoni. Questo è vero, ma si poteva dire, nel caso concreto, che le presunzioni erano invocate contro ed in aggiunta al contenuto nell'atto? No, si trattava d'un fatto che l'atto non constatava e non poteva constatare, poichè non era compiuto nel momento in cui lo scritto era stato redatto, i fondi prestati non erano stati versati che posteriormente all'atto, e quindi il principio che gli scritti valgono più dei testimoni non era applicabile. Si restava pertanto sotto l'impero del diritto comune, che ammentte le presunzioni in materia commerciale. La Corte di cassazione ha giudicato così, e non ci pare dubbio (cfr. vol. XIX, n. 483).

521. Il debitore non paga gli interessi che deve, e quindi non adempie l'obbligazione che ha contratta. Si domanda se, in questo caso, il mutuante può esigere la restituzione del mutuo prima del tempo convenuto. Gli è come chiedere se nei contratti unilaterali è sottintesa la condizione risolutiva tacita. Secondo la nostra opinione, non avendo il mutuante obbligazioni, il contratto resta unilaterale, e abbiamo anche insegnato che la condizione risolutiva tacita non esiste che nei contratti sinallagmatici. Ciò decide la quistione. Però l'opinione contraria è prevalente in dottrina ed in giurisprudenza. Si invoca l'art. 1902, come argomento *a fortiori* (1). A termini di questo articolo, il debitore d'una rendita perpetua può essere costretto al riscatto se cessa di adempiere le sue obbligazioni per due anni, e se non fornisce al mutuante la garanzia promessa nel contratto. A nostro avviso, questa disposizione è eccezionale. In ogni caso, non si può considerarla come un'applicazione dell'art. 1184, e quindi bisogna escluderla, giacchè non si può applicare, per via analogica, una disposizione che deroga al diritto comune. Sarebbe estendere delle eccezioni, il che non è permesso all'interprete.

La Corte di Bruxelles si è pronunciata in favore dell'opinione che combattiamo. Era stato stipulato un mutuo colla condizione che il mutuante, sia per sè stesso, sia per mezzo di mandatario, avrebbe avuto il diritto di verificare i libri e l'incasso del mutuatario e di esigere il bilancio dei suoi affari. Il mutuatario, citato per eseguire questa obbligazione, vi si rifiutò. Fu deciso che, essendosi il debitore rifiutato ad adempiere le condizioni della convenzione, il creditore poteva con fondamento domandarne la rescissione (2). La Corte non motiva la sua decisione, il che equivale a supporre che la re-

(1) AUBRY e RAU, t. IV, p. 602, nota 9, n. 396 (IV ediz.).
(2) Bruxelles, 21 dicembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 279).

scissione sia di diritto comune quando il debitore non adempie le sue obbligazioni. Ora, la condizione risolutiva, come ogni altra condizione, deve essere stipulata, poichè è una convenzione, e non vi ha convenzione senza concorso del consenso. Il solo diritto che il creditore tragga dal contratto è di costringere il debitore ad adempiere le sue obbligazioni, sia direttamente, quando l'esecuzione forzata è possibile, sia col sequestro e la vendita dei suoi beni. Ciò è tanto vero che in diritto romano la condizione risolutiva tacita era sconosciuta e bisognava stipularla: donde il patto commissorio. Il codice ha sottinteso questo patto nei contratti sinallagmatici, ma nessun testo, nessun principio permettono d'estendere l'art. 1184 ai contratti unilaterali. Questo a noi sembra decisivo. Perchè il mutuante possa reclamare la restituzione della cosa in causa dell'inadempimento delle obbligazioni del mutuatario, deve stipulare questo diritto. Non si può dire nemmeno che sia questa una condizione risolutiva propriamente detta, perchè il contratto non è risolto, la risoluzione operando sempre retroattivamente, mentre, nella specie, il solo effetto del patto è di metter fine al contratto prima del tempo convenuto. Si tratta dunque d'un termine anzichè d'una condizione. È una ragione di più per esigere una convenzione espressa, perchè non vi ha nessuna legge la quale ammetta come principio che il debitore perde il beneficio del termine quando non adempie le sue obbligazioni. La legge non lo dichiara decaduto dal termine se non quando si sia reso decotto, o quando, per fatto proprio, diminuisca le garanzie che aveva date nel contratto al suo creditore. Si tratta dunque di estendere l'art. 1188, e le decadenze non si estendono mai.

Il mutuante può stipulare che il mutuatario decadrà dal beneficio del termine se non paga regolarmente gli interessi. Non vi ha dubbio. Egli può anche stipulare che, in mancanza di pagamento d'una sola rata degli interessi, il capitale diverrà di pien diritto esigibile dopo la costituzione in mora. Così ha giudicato la Corte di Liegi, ed è cosa incontrovertibile (1). Rimandiamo a quanto si è detto, al titolo delle *Obbligazioni*, riguardo al patto commissorio. I principii che reggono la condizione risolutiva, stipulata in caso d'inadempimento delle obbligazioni del debitore, si applicano, per analogia, all'ipotesi del termine risolutivo.

522. L'art. 1906 prevede il caso contrario. Il mututario paga interessi non convenuti. La legge dice ch'egli non può nè ripeterli, nè imputarli al capitale. Quale è il significato di questa disposizione e l'ipotesi in essa preveduta? Gli scrittori non sono d'accordo. Pare a noi che le parole della legge ne determinino il senso quando si confrontino coi principii che governano il pagamento indebito. Se io pago ciò che non devo, posso ripetere quanto ho pagato, supponendo che abbia pagato per errore. Dicendo che il mutuatario non può ripetere gli interessi pagati, quantunque non convenuti, la legge decide implicitamente che

(1) Liegi, 23 maggio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 370).

il debitore ha pagato ciò che doveva; la qual cosa suppone che gli interessi erano dovuti in forza della convenzione delle parti, quantunque non stipulati nell'atto In altri termini, la legge suppone una convenzione tacita; che è provata dall'esecuzione che le parti le danno, il mutuatario pagando gli interessi e il mutuatante ricevendoli. Poichè gli interessi erano dovuti, la conseguenza si è che non possono essere ripetuti nè imputati al capitale.

La maggior parte degli scrittori insegnano che l'art. 1906 prevede il caso in cui non vi fosse alcuna convenzione relativa agli interessi. Essi suppongono che il mutuario, per scrupolo di coscienza e per non restare obbligato al mutuante, creda di essere tenuto ad interessi che realmente non deve. Questa spiegazione non è ammissibile. Gli scrupoli di coscienza ed i doveri di delicatezza sono estranei al diritto e la legge non può tenerne alcun conto. Un solo contratto la legge consacra, sebbene non abbia altro movente che sentimenti morali, la donazione. Bisognerebbe dunque supporre che il mutuatario, per sentimento di riconoscenza paghi gli interessi e che il mutuante li riceva a questo titolo. Avremmo allora un dono manuale. Che tale possa essere l'intenzione delle parti contraenti è incontestabile. Ma è questo precisamente il caso che la legge prevede? Non vi ha parola nell'art. 1906 che implichi il concetto di una liberalità, e non si poteva menomamente supporre che colui il quale prende a prestito per necessità e a titolo gratuito si trovi in grado di fare una liberalità al mutuante al quale richiede un servizio. Era d'altronde inutile prevedere questa ipotesi. Il diritto comune basta per decidere che chi paga seriamente ciò che non deve non può ripetere, poichè non può avere altra intenzione che quella di fare una liberalità sotto forma di pagamento. Non può essere questione, in questo caso, di ripetere l'indebito, perchè i doni manuali sono donazioni, ed ogni donazione è irrevocabile. Ma se ciò può supporsi nel caso del pagamento d'una somma capitale, non così quando si tratta d'un debitore trovatosi nella necessità di prendere a prestito. Vi è un'altra difficoltà. Di fronte al testo dell'art. 1906 le parti interessate sarebbero forse ammesse a provare che vi ha liberalità? Ecco l'importanza della questione. Se il pagamento degli interessi costituisce una liberalità, si farà luogo alla collazione, alla riduzione ed alla revoca per causa di sopravvenienza di figli. Il mutuatario paga interessi non convenuti nel contratto. La controparte potrà provare che trattasi di una liberalità? È dubbio, perchè la legge stabilisce una presunzione contraria. Rifiutando al mutuatario la ripetizione, e non ammettendo l'imputazione al capitale, essa suppone che il mutuatario abbia pagato ciò che doveva. Essa gli nega l'azione in giudizio sulla presunzione di tal pagamento e quindi la prova contraria non è ammessa a termini dell'art. 1352.

Si dà pure un'altra spiegazione all'art. 1906 col dire che il mutuatario paga volontariamente un debito naturale, e quindi non è ammesso a ripetere ciò che ha pagato. La spiegazione è poco

soddisfacente. Chi paga ciò che non deve non deve nulla, nè naturalmente nè civilmente. Se il mutuatario non deve gli interessi in forza d'una convenzione tacita bisognerebbe dire che può ripetere, non essendovi motivo per rifiutargli l'azione di ripetizione. La invocata obbligazione non sarebbe al più che un dovere di delicatezza, che non spiega verun effetto in diritto (1).

523. Diversa è la questione di sapere se il mutuatario che paga per errore interessi che credeva di dovere possa ripetere. Crediamo di sì. Non è il caso previsto dall'art. 1906, qualunque spiegazione si ammetta. Secondo la nostra opinione, la legge suppone che gli interessi fossero dovuti in forza d'una convenzione tacita. Se non esiste convenzione, non vi ha debito, e quindi vi sarà ripetizione. Tale sarebbe il caso in cui gli eredi del mutuatario pagassero gli interessi, nella erronea persuasione che fossero stati convenuti. Se si ammette che vi sia debito naturale, si potrà ancora ripetere, perchè il debito non fu volontariamente soddisfatto (art. 1235). Se si suppone che il mutuatario faccia una liberalità per riconoscenza avremmo un pagamento fatto e accettato con intenzione di liberalità, e quindi, ove questa mancasse, il mutuante avrebbe pagato per errore e potrebbe, pertanto, ripetere (2).

524. Quale è il tasso degli interessi che il debitore deve pagare? La legislazione ha variato su questo punto. Il codice civile (art. 1907) distingue l'interesse convenzionale dal legale. Questo è fissato dalla legge. L'interesse convenzionale può eccedere il legale ogni qual volta la legge non lo proibisce. Il codice civile non lo proibiva, e quindi l'interesse convenzionale era lasciato alla volontà delle parti contraenti. Ma la dicitura dell'art. 1307 implicava una riserva, cioè la possibilità di una legge la quale vieti alle parti di stipulare un interesse superiore al legale. Si sa che questa legge fu emanata tre anni dopo la pubblicazione del codice Napoleone, il 3 settembre 1807. La discussione che ebbe luogo al Consiglio di Stato spiega l'incertezza dell'articolo 1907. I membri del Consiglio erano divisi. Pur ammettendo la legittimità dell'interesse, i legisti temevano gli abusi degli interessi eccessivi ed avrebbero voluto che si limitasse l'interesse convenzionale, vietando alle parti contraenti di eccedere quello legale. La restrizione era in contrasto col principio di libertà consacrato dal legislatore. Se è lecito stipulare interessi nel mutuo semplice, come dice l'articolo 1905, è perchè il denaro è una merce il cui prezzo varia, al pari di quello delle derrate, e quindi la locazione del denaro, al pari di quella di ogni altra merce, deve essere intieramente libera, il prezzo variando secondo l'abbondanza o la scarsità delle merci, secondo l'offerta e la domanda. Con qual diritto il legislatore interverrebbe per costringere il capita-

(1) Vedi, in senso diverso, PONT e gli autori che cita, t. I, p. 113, n. 252.
(2) Cfr. DURANTON, t. XVII, p. 659. n. 600.

lista a contentarsi d'un tasso del 5 p. c. quando la scarsità del numerario ha rialzato il prezzo del denaro? Queste considerazioni di economia politica furono benissimo esposte al Consiglio di Stato, fra gli altri, da Berenger. Egli cominciò col ricordare che nell'antico diritto, ogni mutuo ad interesse era reputato usurario. Questo pregiudizio ha fatto posto al vero principio, quello che il codice formula nell'articolo 1905. Però lo si è regolato, stabilendo un interesse legale come rimedio contro l'abuso del mutuo ad interesse, il che implica che il mutuo ad interesse è un male contro il quale occorre un rimedio. L'interesse è un male, si dice, quando è ingiusto, ed è ingiusto quando è eccessivo. I legisti Maleville e Tronchet non mancarono di far valere questi motivi per limitare il tasso dell'interesse. Rispose loro Berenger, e la risposta è perentoria. Un interesse del 7 p. c. può non essere più ingiusto di un interesse del 3, perchè l'interesse è di sua natura variabile, come l'importo delle pigioni, come tutte le merci. Quando fu stabilito l'interesse al 5 p. c. il denaro non si impiegava che nell'acquisto e nella coltivazione dei terreni. I benefici che il denaro poteva dare erano limitatissimi, mentre, nei tempi moderni, il denaro impiegato nel commercio e nell'industria procura benefici ben più considerevoli. Oggi, prendendo a prestito al 7 p. c., si possono ottenere guadagni ben più elevati che nei tempi in cui si aveva il denaro al 5. Non vi ha dunque regola di giustizia assoluta per la fissazione dell'interesse. Non si può determinarlo più che non si possa stabilire un maximum pel prezzo delle derrate e delle mercanzie. Berenger soggiunse che la legge la quale fissasse il tasso dell'interesse convenzionale sarebbe quasi sempre violata. Imporre alle parti contraenti un limite che leda il loro diritto è provocarle ad eludere la legge. Chi può ritrarre dal suo denaro il 6 p. c. non lo presterà al 5. Se tuttavia lo presta, apparentemente, al 5, perchè la legge ve lo costringe, egli cercherà, d'accordo col mutuatario, di sottrarsi al divieto. In tal modo si abituano i cittadini a violare la legge eludendola. Berenger aveva ragione di dire che nulla è più pericoloso. Che avverrà della società se gli uomini perdono il rispetto dovuto alle leggi e le violano senza scrupolo di coscienza, perchè sembrano loro ingiuste? (1).

525. Prevalsero i fautori della libertà, ma la loro vittoria fu incompleta. Il testo medesimo dell'art. 1907 faceva prevedere che sarebbe intervenuta una nuova legge per mettere l'interesse convenzionale in relazione col legale. A ciò provvide la legge del 3 settembre 1807. È inutile far conoscere i motivi di questa legge, che è abrogata nel Belgio. I legisti, con a capo Merlin, approvarono le restrizioni che la legge apportava alla libertà delle parti contraenti (2). Uomini di tradi-

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 7 piovoso anno XII, n. 21 (LOCRÉ, t. VII, pp. 269-272).

(2) MERLIN, *Repertorio*, v. *Interêts*, § VI, n. 5 (t. XV, p. 452).

zione, i migliori giureconsulti non riescono a liberarsi dai pregiudizii che apprendono nei loro studi. La legge si confonde facilmente ai loro occhi col diritto, e considerano come ragione esatta quello che gli antichi hanno formulato in testi legislativi. Quando, nel 1836, Lherbette attaccò vivamente la legge del 1807, il procuratore generale Dupin se ne fece difensore, e vinse alla Camera dei deputati. Nel 1862 un illustre economista, Michele Chevalier, dimostrò invano che la legge del 1807 violava tutti i principii e non preveniva alcun male. L'economia politica soccombette di nuovo, e fu ancora un legista, il procuratore generale Dupin, che ottenne la vittoria (1).

Però uno dei nostri migliori giureconsulti, Duvergier, benchè favorevole a misure rostrittive, aveva constatato, fin dall'anno 1843, che la legge del 1807 mancava completamente al suo scopo. La legge del 1807, egli dice, non ha mantenuto le promesse del codice. Essa disconosce questo principio essenziale che l'interesse è variabile: il limite ch'essa pone, le pene che pronuncia contro coloro che la violano e ch'essa punisce come usurai, anzichè essere una protezione per i mutuatarii, tornano a loro detrimento. Quando le parti sono libere nelle loro convenzioni, il tasso dell'interesse è determinato ordinariamente in ragione dell'abbondanza o della scarsità del numerario, e avuto riguardo alla solvibilità del mutuatario. Se la legge proibisce loro di eccedere l'interesse legale, i contraenti che non vogliono assoggettarvisi, il mutuante perchè vi perde, il mutuatario perchè non può domandare il denaro al cinque per cento quando ne vale sei, dissimulano e violano la legge eludendola. Essi ritengono, al momento del prestito, la parte dell'interesse che eccede il tasso legale, o fanno una vendita con patto di riscatto, o contratti pignoratizii. Tutte queste vie indirette aggravano la posizione del debitore. Senza dubbio egli potrà provare la frode alla legge; e le liti non mancano sotto l'impero della legge del 1807: ma queste liti si ritorcono ancora contro il mutuatario. Il mutuante, che corre il rischio di perdere l'interesse stipulato e d'essere condannato come usuraio, esige un premio contro queste eventualità. Come dice Montesquieu, egli fa pagare al mutuatario il prezzo del danaro e il pericolo della pena (2).

526. La legge del 1807 ha prodotto anche un male maggiore. Gli stessi tribunali ne elusero i divieti. Abbiamo più volte constatato che quando il legislatore disconosce lo stato sociale, come i diritti delle parti contraenti, i tribunali cercano di correggere i vizii della legge interpretandola, non secondo lo spirito che l'ha dettata, ma secondo il nuovo spirito che ne esige la riforma o l'abolizione. Era così già nell'antico diritto, come rileva Turgot: « È notorio, egli dice, che non vi ha piazza di commercio in cui la maggior parte del traffico non s'aggiri sul danaro preso a prestito, e in cui gl'interessi non siano regolati

(1) Vedi le testimonianze in Pont, t. I, p. 120, n. 263.
(2) Duvergier, *Del prestito*, p. 323, n. 247.

dalla sola convenzione, secondo l'abbondanza più o meno grande del denaro e la situazione più o meno sicura del mutuatario. La rigidità delle leggi ha ceduto alla forza delle cose. Fu necessario che la giurisprudenza moderasse, in pratica, i principii speculativi, e si giunse a tollerare apertamente il prestito per biglietto, lo sconto ed ogni sorta di negoziazioni di denaro fra commercianti. *Sarà sempre così dove la legge proibirà ciò che la natura delle cose rende necessario* » (1).

L'insegnamento è grave. Pessima è la legge che obbliga i tribunali a eluderne le disposizioni, val dire a violarle, perchè cosa diverrà mai il rispetto dovuto alla legge quando coloro che ne sono i custodi danno l'esempio della violazione? Ma il legislatore non approfittò della lezione. Che avvenne? Sotto l'impero della legge del 1807, come nell'antico diritto, i giudici si misero al disopra della legge. La giurisprudenza francese ammette che lo sconto non è soggetto alle disposizioni proibitive della legge del 1807. Essa assimila lo sconto alla vendita d'un credito futuro. Si potrebbe dire altrettanto del mutuo a interesse. È certo che nello sconto, si trovano tutti gli elementi di questo contratto: una somma data dal banchiere, una somma eguale restituita o la cui restituzione almeno è garantita dal debitore; infine il prezzo, vale a dire l'interesse. Soltanto, invece d'essere pagato periodicamente o all'atto della restituzione, lo sconto è ricevuto anticipatamente dal banchiere al momento in cui dà il danaro. Accade lo stesso della commissione, la quale non è che un interesse simulato sotto altro nome. Se un banchiere mi presta mille lire al sei p. c., ed oltre l'interesse di 60 lire all'anno io pago una commissione di uno e mezzo o due p. c., pago, in realtà, sotto il nome di *commissione* quindici o 20 lire oltre l'interesse legale, ossia l'interesse reale sarà da sette e mezzo a otto p. c. (2).

Lasciamo da parte la controversa questione di sapere se si può stipulare un interesse superiore al legale pei rischi straordinarii che corre il mutuante. Quanto abbiamo detto basta per dimostrare che così la giurisprudenza moderna come l'antica hanno cercato di accomodarsi colla legge, come, in teologia, si transige col cielo. Lasciamo ai teologi così vergognosi spedienti ed osserviamo la legge anche quando violi il diritto e la giustizia; ma, dal canto suo, il legislatore si affretti a modificare o ad abrogare le leggi che offendono la coscienza generale. L'ultimo autore che ha scritto sul prestito constata che l'Olanda, l'Inghilterra, l'Italia, la Spagna stessa hanno preceduto la Francia nell'abolire le leggi che restringevano la libera stipulazione dell'interesse. Pont ha dimenticato il Belgio. Abbiamo esposto la legge belga al titolo delle *Obbligazioni*, al quale rimandiamo il lettore (v. XVI, n.° 316).

---

(1) TURGOT, *Memoria sui prestiti di denaro*, presentata al Consiglio di Stato nel 1769.

(2) Noi seguiamo l'opinione di PONT, t. I, p. 132, nn. 283-285.

527. La legge belga è ritornata al sistema del codice civile. Essa lascia l'interesse convenzionale alle libere stipulazioni delle parti contraenti. Se fissa un interesse legale del cinque p. c. in materia civile e del sei in materia commerciale, lo fa pei casi in cui le parti non hanno stipulato interessi. Tali sono gli interessi moratorii ai quali il giudice condanna il debitore in mora e gli interessi legali che decorrono di pien diritto in forza della legge. Rimandiamo al titolo delle *Obbligazioni* per quanto concerne gli interessi legali e moratorii. Riguardo agli interessi convenzionali, l'art. 1907 dispone che il tasso deve essere pattuito per iscritto. Quale è lo scopo di questa disposizione? Gli autori del codice hanno inteso fare del mutuo a interesse un contratto solenne? No, certo. Osserviamo anzitutto che la legge esige uno scritto solo pel tasso, non per la stipulazione dell'interesse, di modo che può accadere che questo non sia stipulato per iscritto, ma sia ciò nonostante dovuto, per essersi convenuto il tasso mediante scrittura Tuttavia il *tasso* fa parte della convenzione, ed è quindi impossibile che questa sia solenne per il tasso e non invece per la stipulazione dell'interesse. Il motivo dell'art. 1907, 2.° alinea, prova evidentemente che il pensiero del legislatore non fu di prescrivere uno scritto come condizione di solennità del contratto. Boutteville lo ha esposto in termini declamatorii nella sua relazione al Tribunato. « Il tasso dell'interesse convenzionale, dice l'articolo, deve essere fissato per iscritto. Ah! non è alla luce del giorno che i vampiri, i quali abusano della miseria, della disgrazia, fanno le vergognose stipulazioni colle quali preparano la rovina delle loro vittime. Non è davanti ai tribunali ch'essi reclamano il pagamento delle scandalose, delle spaventevoli usure che non si peritano di compiere. Nell'ombra, lontano dagli occhi del pubblico, essi consumano le loro iniquità e se ne assicurano i frutti. Indipendentemente dai forti motivi che giustificano, che reclamano la disposizione, questa sola precauzione della legge sarebbe una garanzia sufficiente per la pubblica morale contro gli abusi, la ragione della temuta usura » (1). Boutteville ragiona o declama secondo il sistema del codice civile, vale a dire della libertà assoluta delle parti contraenti per quanto riguarda la stipulazione del tasso dell'interesse (art. 1907). Non si possono quindi chiamare vampiri coloro che stipulano un interesse, per quanto paia eccessivo. Se il mutuatario si assoggetta a pagare interessi esorbitanti, è senza dubbio pei rischi che corre il mutuante. In questo caso, l'interesse è pagato, non in ragione del prezzo del danaro, ma pei pericoli che corre il mutuante di non essere rimborsato. Se, al contrario, il mutuatario presenta garanzie, troverà danaro a condizioni ragionevoli.

528. In ogni caso i motivi esposti dagli autori del codice per giustificare la disposizione che esige uno scritto per la determinazione del tasso non riguardano la stipulazione mede-

(1) BOUTTEVILLE, *Relazione*, n. 7 (LOCRÉ, t. VII, p. 282).

sima dell'interesse. La convenzione che stipula l'interesse si prova dunque, checchè si sia detto in contrario (1), secondo il diritto comune. È, a vero dire, una questione da scuola. Per regola la convenzione che stipula l'interesse ne determina contemporaneamente il tasso. Non vi ha dunque che un solo contratto; il quale deve esser fatto per iscritto, poichè vi è stipulato il tasso dell'interesse. Si dovrà dire per questo che la legge non ammette altra prova che quella d'un atto autentico o per scrittura privata? Vi ha qualche dubbio. Si potrebbe credere, stando alle declamazioni di Boutteville, che la legge vuole assolutamente che il mutuante dichiari per iscritto l'importo dell'interesse. Così pensa Duranton, ma è rimasto isolato (2). Si ammette in generale che l'art. 1907 deroga soltanto al principio stabilito dall'articolo 1341. A termini di questa disposizione, deve redigersi *atto* di qualunque cosa che ecceda il valore di centocinquanta lire, nel senso che la prova testimoniale non è ammessa, mentre le convenzioni il cui importo pecuniario non ecceda questa somma possono provarsi con testimoni. Esigendo la legge uno *scritto* per stabilire il tasso dell'interesse, le parti non potranno ricorrere a testi, quand'anche avessero un principio di prova per iscritto, od allegassero l'impossibilità di stendere una scrittura. Ecco la deroga al diritto comune. Ma vi sono altre prove che non concernono l'art. 1341. Le parti potranno invocarle. Così il codice di procedura (art. 324) consente alle parti, in ogni materia e in qualunque stato della causa, la deduzione d'interrogatorii; e quindi esse potranno invocare la confessione che della parte interrogata, la quale fa piena fede contro il confidente (art. 1356). Così pure l'articolo 1358 dispone che il giuramento decisorio può essere deferito in qualunque specie di contestazione, e quindi anche sul tasso dell'interesse che fosse stato convenuto senza scritto. Tale è il diritto comune per tutte le convenzioni che non sono contratti solenni. Quando lo scritto non è richiesto che a titolo di prova può essere sostituito dalle altre prove ammesse dal codice civile, salva l'eccezione concernente la prova testimoniale.

529. La Corte di cassazione va più avanti ed ammette la prova testimoniale anche quando vi sia un principio di prova per iscritto o le parti si siano trovate nell'impossibilità di procurarsi una prova scritta. Noi crediamo che in tal modo si ecceda la legge, la quale esige formalmente uno scritto; il che esclude la prova testimoniale. Nel caso giudicato dalla Corte si pretendeva provare la convenzione relativa all'interesse con semplici presunzioni, senza nemmeno invocare gli articoli 1347 e 1348. La Corte ha deciso negativamente questa questione, e con piena giustizia, perchè le presunzioni sono ammesse sol quando la legge concede la prova testimoniale. Ora, nella specie, la prova

(1) MOURLON, *Ripetizioni*, t. III, p. 389, n. 983.

(2) DURANTON, t. XVII, p. 658, n. 598. In senso contrario, DUVERGIER, p. 347, n. 255, e tutti gli autori (PONT, t. I, p. 128, n. 274).

testimoniale non era certo ammissibile, nemmeno secondo il diritto comune. Tuttavia la Corte di Caen aveva condannato il debitore al pagamento degli interessi, fondandosi sull'insieme dei fatti e dei documenti. La decisione venne cassata (1).

530. Si è presentata un'altra difficoltà. Le parti ammettevano la stipulazione dell'interesse, ma l'una pretendeva che questo fosse stato convenuto al quattro p. c., mentre l'altra reclamava il cinque. Fu giudicato doversi presumere che le parti non avessero derogato al tasso dell'interesse legale. La Corte soggiunge che sarebbe stato facile al mutuante impiegare il suo capitale all'interesse ordinario del cinque p. c., e che non vi era motivo perchè rinunciasse a una parte del proprio reddito (2). La decisione ci pare dubbia. I motivi che la sentenza allega non sono che probabilità, vale a dire semplici presunzioni. Si può, in mancanza di uno scritto, stabilire il tasso dell'interesse con presunzioni? No, e quindi bisognava stare all'offerta del debitore. La Corte d'appello soggiunge che le parti, comparse davanti i primi giudici, avevano colle loro risposte fornito elementi validi ad illuminare la loro convenzione. Se vi fosse stata realmente confessione, sarebbe stata decisiva, ma si può dire che vi sia confessione quando il debitore offre il quattro p. c. e il creditore reclama un interesse superiore?

---

(1) Cassazione, 22 giugno 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 211). Cfr. Rennes, 19 aprile 1811 (DALLOZ, v. *Prêt à intérêts*, n. 22, 1.°).

(2) Lione, 26 giugno 1851 (DALLOZ, 1854, 5, 445, n. 6). Nello stesso senso, DUVERGIER, p. 350, n. 256. PONT, t. I, p. 110, n. 248.